Der Fahrniserwerb vom Scheinvertreter und Scheinverfügungsermächtigten.

Inauguraldissertation
der juristischen Fakultät zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde vorgelegt von

Karl Läpple,
Referendar in Heilbronn.

1911
Paul Kostenbader (vorm. Oehler'sche Buchdruckerei) Heilbronn.

Der Fahrniserwerb vom Scheinvertreter und Scheinverfügungsermächtigten.

Inauguraldissertation
der juristischen Fakultät zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde vorgelegt von

Karl Läpple,
Referendar in Heilbronn.

1911
Paul Kostenbader (vorm. Oehler'sche Buchdruckerei) Heilbronn.

Genehmigt auf Antrag des Referenten, Prof. Dr. Heck,

derzeit Rektor der Universität, am 13. Juli 1911.

Inhalt.

Seite

§ 1. **Problem und Stellungnahme** . . . . . 1—8

1. Der Rechtsschein i. a. 1
2. Der Rechtsschein beim Fahrniserwerb, insbes. inwieweit vermag er eine mangelnde Verfügungsmacht des Veräusserers zu ersetzen? 1
   a) Anschauung Wendt's 3
   b) Die Gegner Wendt's 4
   c) Eigene Stellung, insbes. Behandlung des ius singulare 5
3. Disposition der Arbeit 8

Erster Abschnitt.

Die Entwicklung des Glaubensschutzes.

§ 2. **1. Im römischen Recht** . . . . . 9—10

1. Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit durch die Ersitzung 9
2. Steigende Bedeutung des guten Glaubens 10

§ 3. **2. Im deutschen Recht** . . . . . 11—13

1. Bedeutung der Gewere als Rechtszeichen 11
2. Übernahme des Glaubensbegriffs aus dem römischen Recht . . . 12
3. Sieg der deutschen Rechtsgedanken in den modernen Kodifikationen 12

§ 4. **3. Vom ADHGB. zum BGB.** . . . . . 13—19

1. Ausdehnung des Glaubensschutzes auf dem Boden des ADHGB. 13
2. Übernahme des Glaubensschutzes teils ins BGB. teils ins HGB. insbes. Behandlung der abhandengekommenen Sachen 15
3. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs 16
4. Der Grund des redlichen Erwerbs: Glaubens- u. Legitimationstheorie 17

Zweiter Abschnitt.

Der Schutz des Machtglaubens (die Fälle, in denen das Gesetz den Glauben an eine nicht bestehende Vertretungs- oder Verfügungsmacht schützt).

§ 5. **1. Die Besitzlegitimation beim redlichen Erwerb des BGB.** . . . . . 20—23

A) Der Besitz erzeugt
   1. Eigentumsschein 20

Seite

2. Den Schein eines Verfügungsrechts
a) in § 957 21
b) in § 1244 21
B) Analoge Ausdehnung des Schutzes auf andere Fälle scheinbaren Verfügungsrechts, nicht aber scheinbarer Verfügungsbefugnis (-macht) 21

§ 6. **2. Schutz des Machtglaubens auf Grund von Scheinvollmacht** . . . . . 23—32
A) Vertretung i. a. 23
B) Schutz des Glaubens an rechtsgeschäftliche Verfügungsmacht
1. Bei Scheinvollmacht
a) Begriff 25
b) Entstehung und Einzelfälle 25
a) Fortwirken einer erloschenen Vollmacht 26
b) Schein einer gar nicht entstandenen Vollmacht 26
c) Erwerb vom Scheinbevollmächtigten 27
a) Obligatorische Wirkungen 28
b) Abgrenzung gegen die Fälle des § 366 HGB. 28
2. Bei Scheingenehmigung 29
C) Schutz des Glaubens an gesetzliche Vertretungsmacht 30
D) Registerglauben 31

3. Schutz des Machtglaubens auf Grund der Besitzlegitimation.

§ 7. **A) Nach HGB. § 366** . . . . . 33—39
1. Wesen des § 366 33
a) Voraussetzungen des Schutzes
a) objektive (Scheinkaufmann) 33
b) subjektive 34
b) Wirkungen des Schutzes 34
2. Der Glaube ersetzt sowohl mangelnde Vollmacht als auch mangelnde Genehmigung 35
3. Einzelfälle 37

§ 8. **B) Bei Order- und Inhaberpapieren** . . . . . 39—43
1. Geschichtliches 39
2. Erwerb der Orderpapiere 40
3. Erwerb der Inhaberpapiere 40
4. Bedürfnis nach Angleichung des Erwerbs beider Papierarten . . 41
5. Ausstellerhaftung 43

Dritter Abschnitt.

§ 9. **Lässt sich eine Ausdehnung der für den Machtglauben gegebenen Schutzvorschriften rechtfertigen?** 44—49
Allgemeiner Machtglaubensschutz ist nicht geboten, aber Schutz in Einzelfällen 44
A) Bei Vorliegen einer Scheinvollmacht 44

Seite
B) Bei gesteigertem Verkehrsbedürfnis 45
1. infolge Massenbetriebs:
a) dem Kaufmann gleichzustellende Personen 46
b) Massenbetrieb durch Zusammenschluss vieler Einzelner 47
2. Sachen mit besonderer Verkehrsbestimmung (Geld) 48

Anhang.

§ 10. **Die Berechtigung des Schutzes des redlichen Erwerbs** . . . . . 49—54

1. Die Angriffe Bindings und Mengers 49
2. Die Abweisung Bindings durch Praxis und Wissenschaft 51
3. Kritik 51
a) Die kollidierenden Interessen 51
b) Gewinnung eines empirischen Werturteils 52
c) Ablehnung Bindings i. a., Annahme einzelner Gedanken 54

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552714_0141

Literatur.

Biermann, Kommentar zum BGB. Bd. 3 Sachenrecht, 2. Aufl. 1903.
—, Bürgerliches Recht, Bd. 1, 1908.
Binding, HB. des Strafrechts, Bd. 1, 1885.
—, Lehrb. des Strafrechts, besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl., 1902.
—, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer nach BGB. §§ 932—935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Mass, 1908.
Cosack, Lehrb. des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 5. Aufl., 1909, Bd. 2, 4. Aufl., 1904.
—, Lehrb. des Handelsrechts, 7. Aufl., 1910.
Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. 1, 1900, Bd. 3, 1905.
Denkschrift (II) zur Reichstagsvorlage des HGB., Ausgabe Guttentag, 1897.
Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., 1902.
—, Lehrb. des bürgerl. Rechts, Bd. 1 und 2 : 3. Aufl., Bd. 3, 4. Aufl.
Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB., 2. Aufl., 1910.
Ehrenberg, V., Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit in Jherings J. 47, 273 ff.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. 1, Allg. Teil, Schuldverh. 4. und 5. Aufl, 1909 von Enneccerus; Bd. 2, 1. Abt. Sachenrecht, 1. Aufl., 1910 von Wolff.
Francke, Für §§ 932, 935 BGB. gegen Binding, Seuff Bl. 73, 895.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895; Bd. 2, 1905.
—, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB., 1897.
Goldberger, Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten nach BGB. §§ 170 ff, Diss., Potsdam 1908.
Goldschmidt, Über den Erwerb dinglicher Rechte vom Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen, ZHR. 8, 226 ff., 9, 25 ff.
—, HB. des Handelsrechts, Bd. 1, 2. Abt., 1868.
Hachenburg, Das BGB., Vorträge, 1899.
Heck, Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht? ArchZivPrax. 92, 438 ff.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.
—, Zivilrechtsfälle 1910.
Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. 2, 1886.
Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1904.
Hübner, Deutsches Privatrecht, 1908.
Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerl. Recht, 1901.
—, Die Wertpapiere als Legitimationsmittel, 1906.
—, Der Scheck als Wertpapier, ZHR. 63, 86 ff.
—, Die Theorie der Willenserklärungen, 1910.

Jehle, Die Vollmacht und die Willensmängel des Vollmachtgebers, Tüb. Diss. 1808.
Lehmann, K., Lehrb. d. Handelsrechts, 1908.
Lehmann-Ring, Komm. z. HGB., 1901.
Makower, Komm. z. HGB., 2. Bd., 13. Aufl., 1907.
Menger, Das bürgerl. Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890.
Meyer, H., Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, 1902.
—, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerl. Recht, 1909.
Motive zum Entwurf 1. Lesung des BGB., Guttentag, 1888.
Planck, Komm. z. BGB., Bd. 3, 1906.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allg. HGB., herausgeg. v. Lutz, 1858.
Regelsberger, Pandekten 1893.
—, Streifzüge, in der Festgabe für Binding, S. 1 ff.
—, Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Jherings, J. 47, 344 ff.
Ritter, Allg. Lehren des Handelsrechts, 1900.
Romeick, Zur Technik des BGB., Heft 3, Rechtsnachfolge, 1904.
Rümelin, G., Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, Prorektoratsrede, 1891.
Rümelin, Max, Das Handeln in fremdem Namen im BGB., ArchZivPrax. 93, 131 ff.
Schultze, A., Publizität und Gewerschaft im deutschen Fahrnisrecht, Jherings, J. 49, 159 ff.
v. Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht, ArchBürgR. 28, 1 ff.
Stampe, Unsere Rechts- und Begriffsbildung, 1907.
Staub, Komm. z. ADHGB., 1894.
—, Komm. z. HGB., 8. Aufl., 1906.
Staub-Stranz, Komm. z. WO., 6. Aufl., 1909.
Staudinger, Komm. z. BGB., 5. und 6. Aufl., 1910.
Wellspacher, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerl. Recht, 1906.
Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten, ArchZivPrax. 89, 1 ff., insbes. 56 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906.
Wolff siehe bei Enneccerus-Kipp-Wolff.
Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, ArchZivPrax. 66, 348.
—, Lücken im Recht, Rektoratsrede 1903.

Die Literaturangaben beziehen sich auf dieses Verzeichnis und sind deshalb abgekürzt gegeben. Im übrigen sind die „Vorschläge des deutschen Juristentags," Guttentag, 1910, befolgt. Paragraphen ohne Zusatz beziehen sich aufs BGB.

§ 1.

Problem und Stellungnahme.

Der Aufschwung, den Deutschland in den letzten Jahrzehnten nahm, kann insbesondere ausgedrückt werden durch die Ziffern der Bevölkerungszunahme und der Steigerung des Verkehrs in Verbindung mit der wachsenden Industrialisierung des Landes. Unsere Gesetzgebung trug dieser Entwicklung Rechnung und wusste die Bedürfnisse des gesteigerten Verkehrs zu befriedigen, und der freie, verkehrsfreundliche Geist unseres Rechts ist ebenso ein Zeugnis für die Tüchtigkeit unseres Volks wie das, falscher Humanität entsprungene, verkehrshinderliche Recht Justinians ein Zeichen der Dekadenz war.

Der Rechtsverkehr fordert nun in erster Linie Sicherheit und Vertrauensschutz für denjenigen, der Rechte erwerben will, ein Bedürfnis, zu dem das Interesse des Rechtsinhabers auf gesicherten Bestand seines Rechts leicht in Gegensatz tritt, wenn auch mittelbar die durch Verkehrssicherheit hervorgerufene Leichtigkeit des Verkehrs dem Rechtsinhaber dann zu statten kommt, wenn er veräussern will.[1]) Diesen Interessenkonflikt suchte das Recht der verschiedenen Zeiten und Völker verschieden zu lösen. Das moderne Recht nun, das doch den Formalismus und die Strenge früherer Rechte zu gunsten einer Berücksichtigung des Geschäftswillens und der Parteiinteressen gebrochen hat, kehrt im Interesse der Verkehrssicherheit an vielen Punkten zurück zur Aufstellung von Typen und setzt zu gunsten redlicher dritter die Form statt des Inhalts, den Schein statt der Wahrheit:[2]) nicht allgemein — denn der Schutz des guten Glaubens ist kein allgemeines Rechtsprinzip[3]) — sondern nur in gewissen durch Gesetz oder Verkehrsanschauung bestimmten Fällen wird auf Kosten des Rechtsinhabers das auf Grund des äusseren Scheins berechtigte Vertrauen Dritter auf das Vorliegen einer dem Schein entsprechenden Rechtslage geschützt (Publizitätsprinzip). Der Verkehrsschutz ist nun vielfach bedingt durch die Mitwirkung des Berechtigten bei Schaffung

[1]) Vgl. Ehrenberg 273 ff. [2]) Wellspacher S. VII f. [3]) M. 1, 236.

des Scheins (Veranlassungsprinzip): wer durch sein äusseres Verhalten einen normalerweise der Kundgebung dienenden Tatbestand, z. B. den der Bevollmächtigung, bewusst oder fahrlässig erzeugt, handelt mit Recht auf eigene Gefahr. In Fällen stärkeren Schutzbedürfnisses aber und bei Verwendung von Tatbeständen als Rechtszeichen, die normalerweise nicht lediglich Kundgebungszwecken dienen, konnte das Recht nicht immer auf die Veranlassung des Scheins durch den Rechtsinhaber abstellen. Zwar wird der gutgläubige Erwerb in der Regel nur geschützt, wenn der Besitz des veräussernden Nichteigentümers auf dem Willen des Eigentümers beruhte; dagegen kommt es auf Veranlassung des Scheins überhaupt nicht an beim redlichen Erwerb von Geld, Inhaber- und Orderpapieren, bei öffentlicher Versteigerung und im Grundbuchrecht.

Die Publizitäts-, Legitimations- oder Rechtsscheinstheorie liegt schon der Regelung des gutgläubigen Erwerbs im ADHGB. zu Grunde und wurde von Huber in dem Werk „Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht“ 1894 für das mittelalterliche Gewererecht aufgestellt, von Gierke, H. Meyer, A. Schultze[1]) u. a. weiterentwickelt und auf das Recht des Besitzes angewandt; schliesslich rückten Wellspacher, v. Seeler und Jacobi[1]) das ganze Verkehrsrecht unter diesen Gesichtspunkt. Jacobi[2]) formuliert: „Neben dem Tatbestand, der an sich zur Rechtswirkung erforderlich ist, kann auch ein Tatbestand wirken, dem zwar die eine oder die andere Voraussetzung zur Rechtswirkung fehlt, der aber gewisse äussere Merkmale aufweist, die ihn nach den Regeln des Lebens, aber auch in einer für das Recht massgebenden Weise mit dem Schein umkleiden, dass alle notwendigen Voraussetzungen vorhanden seien.“ Die den Rechtsschein bildenden Tatsachen sind so gewählt, dass in der überwiegenden Mehrheit der Fälle das Recht vorhanden ist, so dass, wer sich im Rechtsverkehr — in einem im einzelnen verschiedenen Umfang — auf den Rechtsschein verlassen darf, der Prüfung weiterer Voraussetzungen des an sich notwendigen Tatbestands enthoben ist.

Die Voraussetzungen, von denen der Rechtserwerb von Fahrnissachen abhängt, sind nun sehr mannigfache. In erster Linie steht die Sachlegitimation, das dingliche Recht desjenigen, der die Verfügung trifft. Der Glaube an dieses Recht ist es, der durch die Besitzlegitimation vor allem geschützt werden muss, da der Besitz in seiner äusseren Erscheinung als tatsächliche Sachherrschaft regel-

[1]) In ihren im Literaturverzeichnis aufgeführten Werken.
[2]) Die Theorie der Willenserklärungen 32.

mässig auf Eigentum schliessen lässt. Daneben stehen noch eine Reihe anderer Erfordernisse für den Rechtserwerb: Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, Vertretungsmacht, Genehmigung seitens des Berechtigten. — Das BGB. hat nun in seinen allgemeinen und ausdrücklichen Bestimmungen nur den Ersatz des dinglichen Rechtsmangels durch die Besitzlegitimation anerkannt. Weiter geht ausdrücklich HGB. § 366, wonach bei Veräusserung oder Verpfändung einer Fahrnissache durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes auch der Glaube an eine nicht bestehende Verfügungsbefugnis geschützt ist. Diese Arbeit soll nun untersuchen, ob nicht auch in weiteren Fällen der gute Glaube des Erwerbers einer beweglichen Sache an die Vertretungs- oder Verfügungsmacht des veräussernden Nichteigentümers geschützt wird, und ob eine Ausdehnung dieser Schutzvorschriften für den Machtglauben gerechtfertigt erscheint.

Das Problem wurde zuerst von Wendt[1]) behandelt: der gute Glaube des redlichen Erwerbers einer Fahrnissache kann sich nicht nur auf das Eigentum des Veräusserers beziehen, sondern auch auf seine Verfügungsgewalt (oder -berechtigung), die auf einem dinglichen Recht oder einer sonstigen Grundlage beruhen kann. Eine verschiedene Behandlung je nach der Richtung des guten Glaubens ist nicht gerechtfertigt (S. 61). Das Gesetz schützt den Glauben an eine Verfügungsberechtigung des Nichteigentümers bei Erwerb einer Pfandsache in § 1244, bei Veräusserung von Sachfrüchten durch Aneignungsgestattung, §§ 957, 956, und endlich bei Veräusserung oder Verpfändung einer Sache durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes, HGB. § 366. Diese Sätze nun sind, wie die Bestimmungen über Glaubensschutz überhaupt, keine Sondervorschriften, sondern sie gehen auf einen allgemeinen Grundsatz des Gesetzes zurück und sind daher der Analogie zugänglich (S. 70). Nun ist aber die Vollmachtsprüfung ausserhalb des Handelsverkehrs ebenso schwierig durchzuführen wie in ihm (S. 73), so dass auch der Irrtum über die vermeintliche Veräusserungsbefugnis und Verfügungsgewalt eines Nichteigentümers sehr wohl den Schutz des guten Glaubens verdient, sofern nur an diesem selbst kein Bedenken besteht (S. 74). Diese Behandlung rechtfertigt sich durch die Legitimationswirkung des Besitzes, der nicht nur den Eigentumsschein erzeugt, sondern auch die Vollmachtsprüfung erspart (S. 77). Die Lage des Eigentümers, der seine Sache aus der Hand gegeben hat, ist völlig die gleiche, mag der Besitzer sich selbst für den Eigentümer ausgegeben

[1]) A. a. O. 56 ff.

oder nur Vollmacht zu besitzen behauptet haben. Der Wert des § 366 HGB. liegt nur darin, auf die Bedeutung der Frage überhaupt hingewiesen und jedenfalls für das Handelsrecht ihre Behandlung sichergestellt zu haben (S. 79).

Dernburg[1]) schliesst sich Wendt's Anschauung an: Die Definition des § 932 Abs. 2 sei unzureichend; gleiches wie in §§ 1244, 957 gelte auch bei Veräusserung durch jemand, der sich fälschlich für einen Bevollmächtigten, einen Vormund ausgebe. HGB. § 366 solle diese Lösung nur für den Handelsverkehr sicherstellen. Die Denkschrift zum Entwurf eines HGB. habe bereits die Bestimmungen des BGB. missverstanden, als ob es nur den Glauben an das Eigentum schütze.

Kohler[2]) kommt, offenbar selbständig zur gleichen Anschauung, ohne sie weiter zu begründen. HGB. § 366 bezeichnet er als unnötige und völlig unzutreffende Bestimmung.

Sonst wurde Wendt allgemein entschieden abgelehnt[3]), so vom OLG. Stettin 29. I. 1902[4]): „Wer sich mit einem Vertreter einlässt, hat die Vertretungsmacht auf seine Gefahr zu prüfen. Nicht sein guter Glaube, sondern die wahre Rechtslage entscheidet. Guter Glaube in Ansehung des Verfügungsrechts schützt wohl nach HGB. § 366, nicht aber nach § 932."

Die gegen Wendt vorgebrachten Gründe sind insbesondere:

1. HGB. § 366 wäre unnötig und unbegreiflich[5]) (argumentum e contrario);

2. die Vorschriften über Glaubensschutz sind ius singulare und der analogen Ausdehnung unfähig[6]);

3. der Schutz des Machtglaubens ist im BGB. abschliessend geregelt in §§ 169—173[7]);

4. ein dem § 366 HGB. entsprechender Schutz für den ausserkaufmännischen Verkehr ist nicht Bedürfnis[8]);

5. der Besitz dient im bürgerlichen Verkehr nicht als Legitimation für eine behauptete Verfügungsmacht.[9])

---

[1]) BR. 3 § 98, § 104 II. [2]) In Holtzendorff-Kohler 1, 613 oben.

[3]) Ohne Begründung z. B. von Cosack, BR. 2 S. 118, 120; Staudinger, BGB. 3 § 932, II, 1, d, g; Staub, HGB. § 366, 18. [4]) OLG. 8, 191.

[5]) Biermann, BGB. § 932, 6, g. [6]) Planck, BGB. Vorb. 2c zu §§ 932/936. Romeick 61 ff. [7]) Hachenburg 136 f. Er schliesst auch von der Unerheblichkeit des Glaubens an eine gefälschte öffentliche Vollmacht im Grundbuchrecht auf das Fahrnisrecht. Aber eine Fälschung geniesst überhaupt nie Vertrauensschutz! [8]) Wolff 181. [9]) Düringer-Hachenburg, HGB. Vorbem. zu § 366 Anm. 5; Goldberger 81; Wellspacher 15: „Der Besitz ist die objektive

Was die drei ersten, auf methodischen oder gesetzestechnischen Erwägungen beruhenden Einwendungen betrifft, so ist jedenfalls soviel richtig, dass wenn nicht die Vorschriften über gutgläubigen Erwerb i. a.,[10]) so doch jedenfalls HGB. § 366 als Ausnahmebestimmung i. S. der gemeinrechtlichen und auch heute noch herrschenden Lehre anzusehen ist; dass ferner HGB. § 366 nicht nur von den Redaktoren des HGB., sondern auch denen des BGB. als ein nicht auf das bürgerliche Recht zu erstreckender Satz gedacht ist;[11]) und dass schliesslich das Gesetz eine Abgrenzung des Gebiets der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von dem Gebiet des Glaubensschutzes nach §§ 169—173 nicht vorgenommen hat: eine Schwierigkeit, die natürlich nicht nur für die Anschauung Wendt's, sondern auch für den Fall des § 366 HGB. besteht.

Der Begriff des ius singulare, des Sonderrechts, regelwidrigen Rechts ist viel umstritten. Paulus definiert es in l. 16 D. 1, 3 als ius quod contra tenorem rationis introductum est, und l. 14 h. t.: quod contra rationem iuris receptum est, und erklärt: non est producendum ad consequentias. Mit diesem Satz schuf Paulus ein schweres Hindernis für eine gesunde Rechtsentwicklung. Schon Zitelmann[12]) versuchte es zu beseitigen, indem er unter Beiziehung von l. 39 h. t. zwei Arten singulärer Rechtssätze annahm, von denen nur die durch bewusst rechtschaffende Tätigkeit der römischen Juristen oder durch eine auf Irrtum beruhende Gewohnheit erzeugten, den sonstigen Rechtsgrundsätzen widersprechenden Ausnahmesätze der Analogie unfähig seien. Ähnlich unterscheidet Dernburg[13]) Rechtsanomalien, auf die der Satz des Paulus passe, und Sonderrechte, die ihren besonderen rationellen Grund haben, deren Gedankengehalt voll und ganz durchzuführen ist. Jedoch müssen besonders wichtige Gründe dazu führen, das grundsätzliche Recht durch weitere Ausnahmen zu

---

Grundlage des guten Glaubens deshalb, weil er der normale äussere Tatbestand des Eigentums ist. Für den guten Glauben an die Verfügungs- oder Vertretungsmacht müssten besondere objektive Grundlagen vorliegen."

[10]) M. 1, 236: „Der Schutz des guten Glaubens ist kein allgemeines Rechtsprinzip, sondern eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen, die nur insoweit gerechtfertigt ist, als sie durch dringende Gründe praktischer Zweckmässigkeit geboten ist."

[11]) M. 3, 344: „Der Entwurf lässt nur den Mangel des Eigentums des Veräusserers durch bona fides gedeckt werden. Ein Irrtum des Erwerbers in Ansehung sonstiger rechtsgeschäftlicher Erfordernisse wie Vertretungsmacht, Geschäftsfähigkeit u. dgl. verdient nicht eine ähnliche Begünstigung."

[12]) ArchZivPrax. 66, 348 ff. [13]) Pand. 1, 70 ff.; BR. 1, 58.

durchbrechen. — Noch auf gemeinrechtlichem Boden aber wurde der Satz des Paulus aufgehoben durch die Ausführungen Regelsbergers[1]): ein tieferer Unterschied zwischen Sonderrecht und Regelrecht besteht nicht. Die Stempelung zum ius singulare dient nur als Warnungstafel vor unvorsichtiger Anwendung der Analogie. Die eigene Ratio des Sonderrechts ist zu vollkommener Geltung zu entwickeln, der halbfertige Gedanke des Gesetzgebers auszudenken,[2]) soweit es gleiche Billigkeit und gleiche Nützlichkeit verlangt. Die Analogie ist ausgeschlossen beim arg. e contr., das aber nur angebracht ist bei Gewissheit, dass die aufgestellte Norm nur für den im Gesetz beschriebenen Tatbestand gelten solle. Die Umstände müssen deutlich für die Ausschliesslichkeit der Vorschrift zeugen. — In diesen Gedanken bewegt sich auch Windscheid-Kipp Pand. 1, 123: „Das regelwidrige Recht darf nicht weiter ausgedehnt werden als der eigentliche Gedanke der Bestimmung reicht.“ [3])

Gierke[4]) versteht bei völliger Ablehnung des gemeinrechtlichen Begriffs des ius singulare unter Sonderrecht das für eine bestimmte Lebenssphäre, die nach verschiedenen Gesichtspunkten, nach Personen Sachen, Handlungen abgegrenzt sein kann, gesetzte Recht, so das Handelsrecht; auch hier wird gerechte Ordnung aller Lebensverhältnisse nach Massgabe ihrer Eigenart bezweckt; das Verbot der Analogie ist deshalb abzulehnen.

Fast der einzige Zeuge für die Angriffe[5]) gegen die Analogie bei ius singulare bleibt Staudinger, BGB. 1, 18, wo die Analogie als eine rein logische Operation angesehen wird, die in der Erweiterung eines für einen bestimmten Fall vorhandenen Rechtssatzes zu einem allgemeinen Satz besteht, aus welchem sodann die für den Rechtsfall erforderlichen besonderen Vorschriften abgeleitet werden, also in einem Aufsteigen zu einem allgemeinen Satz durch Reduktion, aus dem man durch Deduktion neue Sätze für ähnliche Fälle gewinnt.

---

[1]) Streifzüge 13 f. Pand. 1, 126 f., 153 ff.

[2]) Die Wissenschaft hat übrigens nicht nur, wie auch Binding, HB. d. Strafrechts 1 S. 216, 222 will, den latenten Gesetzeswillen zu erkennen, sondern das Recht unter Berücksichtigung dessen was die Natur der Dinge, das Bedürfnis des Verkehrs, die Vernunft und Billigkeit erfordert, auszulegen (Kipp bei Windscheid-Kipp 1, 106 Anm. 8).

[3]) Ähnlich auch Enneccerus 1, 95; Biermann, BR. 1, 33; Cosack, BR. 1, 37; Binding, HB. d. Strafr. 1 S. 216, 222. [4]) DPR. 1, 43 f.

[5]) Planck, BGB. Vorb. 2c zu §§ 932/936. Romeick 61 ff.

Dagegen hat G. Rümelin[1]) mit Recht betont, dass die Analogie auf Werturteil beruht, und Zitelmann[2]) führt aus: Die Tätigkeit des Juristen bei (beiden Arten der von ihm unterschiedenen) Lücken ist niemals eine rein logische, die als richtig oder falsch beweisbar wäre; die Gedankenoperationen, durch die er zu seinen Ergebnissen kommt, beruhen zum grössten Teil auf Wertungen und Abschätzungen. Der sogen. Analogieschluss der Juristen ist dem, was die Logik so nennt, nahe verwandt, aber doch spezifisch davon verschieden. — Solche Anschauungen vertritt auch die von Jhering sich herleitende Schule der Interessenjurisprudenz: sie nimmt an, dass der Gesetzgeber die ihm im Leben entgegentretenden Probleme und Interessenkonflikte regeln wollte, dass er aber dabei nicht alle möglichen Fälle überschauen konnte. In solchen vom Gesetzgeber nicht bedachten Fällen hat der Richter die Interessen der Parteien abzuwägen und zu werten, dann die den Entscheidungen des Gesetzes zugrunde liegenden Werturteile zu erforschen und diese Wertungen zueinander in Beziehung zu setzen. Analogie ist nun keine logische Operation mehr, sondern eine „vergleichende Wertung kollidierender Interessen"; [3]) und zwar ist „von den zweifellos betroffenen Fällen mit Werturteilen und Willensentscheidungen zu den bestrittenen und zweifelhaften Fällen fortzuschreiten." [4])

Natürlich ist auch beim Ausnahmerecht zunächst nach den Zwecken des Gesetzes zu fragen und daraus die Tragweite eines Satzes zu ermessen. Ein Verbot analoger Anwendung kann nicht anerkannt werden.

So stellt also die weitaus überwiegende Meinung der gemeinrechtlichen und der neueren Lehre der extensiven Auslegung Wendt's ein prinzipielles Hindernis nicht in den Weg. Ein solches kann auch nicht in den Worten der Verfasser der Gesetzbücher gesehen werden; so wenig ein moderner Gesetzgeber die Analogie ausschliessen wird, so wenig kann ein solches Verbot aus den unmassgeblichen Materialien hergeleitet werden. Auch wäre die Stellung des § 366 HGB. allerdings unbegreiflich, wenn unsere Gesetzbücher streng logisch geschlossene und fehlerlose Gebilde wären, und wenn es nicht eine Rechtsfortbildung gäbe, die auch die vollkommenste Form des Gesetzes ihres Inhalts entleeren und mit neuem Inhalt füllen könnte.

So sind allein die sachlichen Gründe (oben 4 u. 5) zu berücksichtigen: für die Erweiterung des § 366 HGB. besteht kein Verkehrsbedürfnis; der Besitz dient im bürgerlichen Recht nicht als Machtzeichen.

[1]) A. a. O. 15. [2]) Lücken im Recht 34. [3]) Stampe 12. [4]) M. Rümelin 171.

Diese Gründe sollen weiterhin auf ihre Berechtigung untersucht und durch Prüfung der Verkehrsbedürfnisse und Interessenabwägung im einzelnen, Aufsuchung der dem Gesetz zugrunde liegenden Werturteile und Abwägung ihrer Tragweite ermittelt werden, ob sich eine Ausdehnung der für den Machtglauben gegebenen Schutzvorschriften rechtfertigen lässt und insbesondere eine Erweiterung des Glaubensschutzes nach der in § 366 HGB. eingeschlagenen Richtung hin geboten erscheint. In einem geschichtlichen Abschnitt soll zunächst die auf Erweiterung des Glaubensschutzes gerichtete Entwicklungstendenz des Rechts dargetan werden. Der zweite, das geltende Recht behandelnde Abschnitt soll

1. die Besitzlegitimation beim redlichen Erwerb des BGB. (insbesondere §§ 957, 1244),
2. den Vollmachtsschein,
3. die Fälle des Machtglaubens auf Grund der Besitzlegitimation darstellen.

Der dritte Abschnitt soll unter Verwendung der Ergebnisse die Frage der Ausdehnung des Machtglaubensschutzes untersuchen. In einem Anhang endlich soll die Berechtigung der von Binding gegen den Schutz des gutgläubigen Erwerbs gerichteten Angriffe geprüft werden.

Erster Abschnitt.

Die Entwicklung des Glaubensschutzes.

§ 2.

1. Im römischen Recht.

Das römische Recht liess Eigentum nur mit Einwilligung des Eigentümers übergehen: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Den Erwerb vom Fiskus und die redliche Fruchtziehung ausgenommen war der gutgläubige Erwerb unbekannt.

Das Problem, die Interessen des Eigentümers und des redlichen Erwerbers auszugleichen, löste das römische Recht auf dem Boden des Ersitzungsrechts, dessen Regelung weniger durch den das moderne Recht beherrschenden Grundsatz des Vertrauensschutzes,[1]) als durch das Bedürfnis der Rechtsgewissheit und die heilende Kraft der Zeit bestimmt wurde: ne rerum dominia diutius in incerto essent.[2]) Allerdings wurde das Erfordernis der bona fides für die Usukapion, wenn nicht schon von den zwölf Tafeln, so doch jedenfalls schon frühe von der Interpretatio aufgestellt.

Die aus altrömischer Usukapion und prätorischer longi temporis praescriptio zusammengefügte justinianische ordentliche Ersitzung verlangte ausser Eigentumsbesitz an ersitzungsfähiger Sache während der Ersitzungszeit und Erwerbstitel guten Glauben bei Besitzerlangung (für den Kauf: beim Kaufgeschäft und der Tradition). Guter Glaube ist der auf Unkenntnis einer Tatsache, nicht eines Rechtssatzes beruhende entschuldbare Irrtum über den Mangel des Eigentums oder der Verfügungsmacht oder der Veräusserungsfähigkeit des Verfügenden.[3])

Dieses Institut unterscheidet sich von unserer heutigen Ersitzung beweglicher Sachen hauptsächlich durch die verschiedene Behandlung der mala fides superveniens. Unser Recht berücksichtigt sie, verlangt

[1]) vgl. Dernburg, Pand. 1, 506. [2]) Gai Inst. II § 44.
[3]) Regelsberger, Jherings J 47, 344.

aber dafür keinen Ersitzungstitel. Die römische Ersitzung lässt sich aber auch nicht mit dem sofortigen Eigentumserwerb nach §§ 932—936, der an ihre Stelle getreten ist,[1]) aber doch auf anderen Voraussetzungen beruht, vergleichen, wie es in M. 3, 342 geschieht.[2])

Sind also die Ergebnisse der römischen Juristen nicht ohne weiteres auf unser Recht übertragbar,[3]) so ist doch die Entwicklungstendenz des guten Glaubens zu beachten, der allmählich nicht nur das fehlende Recht des Veräusserers, sondern auch die Mängel des Ersitzungstitels, des Veräusserungsgeschäfts deckte. So gestattet die spätere Kaiserzeit Ersitzung auf Grund Kaufs von einem Wahnsinnigen, wenn nur der Mangel dem Käufer unbekannt war.[4]) Ferner ersitzt der Gutgläubige bei Abschluss mit dem Beauftragten, procurator, tutor, denen die Verfügungsmacht mangelt.[5]) Wenn nun Romeick[6]) die Ersetzung des Titels durch den guten Glauben in der römischen Ersitzung als Entgleisung auf dem Flügelschuh der Analogie bezeichnet, so gibt ihm unser BGB. unrecht, das ja vom Erfordernis eines Ersitzungstitels überhaupt absieht.

Eine steigende Begünstigung des redlichen Erwerbers, des bonae fidei emptor, findet sich ferner in der Zulassung der accessio possessionis (der Anrechnung der Ersitzungszeit des Rechtsvorgängers); der successio in usucapionem des Erben; der Gewährung relativen Besitzschutzes durch die actio Publiciana. In erster Linie aber schützt das römische Recht den Eigentümer; erst wenn er die Ersitzungszeit verstreichen liess, ohne seiner Sache nachzuforschen, verliert er sein Recht. Der Ersitzung überhaupt entzogen sind res furtivae, denen auch die nach unseren Begriffen unterschlagenen Sachen zugehören. Der Bau des römischen Eigentums war ein Meisterwerk juristischer Konsequenz, aber „zu lax für Immobilien, zu streng für Mobilien.“ [7])

---

[1]) Dernburg, Pand. 1, 509 Anm. 15.

[2]) „Die Rechtsgestaltung (nach Einführung des gutgläubigen Erwerbs) ist von der römischen nicht zu sehr verschieden. Wenn man in der letzteren das Erfordernis der Vollendung der Usukapion streicht und die Ausschliessung der Usukapion bei res furtivae berücksichtigt, so kommt man im grossen und ganzen zu derjenigen Rechtsgestaltung, welche als die deutschrechtliche bezeichnet zu werden pflegt.“

[3]) Zweifelhaft Wendt 67: „Hat das römische Recht kein Bedenken, die Erzitzung zu gestatten, wenn jemand seinen Verkäufer für beauftragt oder kraft Vormundschaft für verfügungsberechtigt hielt, so entspricht dem im System des BGB. der sofortige Eigentumserwerb.“

[4]) L. 2 § 15, 16 D. 41, 4. [5]) L. 109 D. 50, 16; l. 14 D. 41, 4.

[6]) A. a. O. 66. [7]) Goldschmidt in seiner Z. 8, 231.

§ 3.

2. Entwicklung im deutschen Recht.

Während das römische Recht im Augenblick des redlichen Erwerbs nur ein relativ wirksames Recht entstehen lässt, das der Vindikation des Berechtigten unterliegt und erst durch Ersitzung absolute Kraft erlangt, verschafft das deutsche Recht sofortigen absoluten Rechtsschutz, wenigstens solange der Erwerber die Gewere hat. Die Gewere ist nach Huber und Gierke, dem wir folgen,[1]) die allgemeine Erscheinungsform der dinglichen Rechtslage, ein bis zum Bruch des Scheins durch widerstreitendes wahres Recht wirksames formales Rechtsverhältnis. Die Gewere begründet eine Vermutung des in ihr erscheinenden Rechts.

Die Fahrnisgewere ist immer leibliche Gewere, d. h. sie setzt das Haben oder Brauchen der Sache voraus, deckt sich also insoweit mit Gewahrsam; weiter liegt in ihr eingeschlossen die Behauptung eines vorhandenen dinglichen Rechts, der Schein einer Rechtsherrschaft. Aus dieser Legitimationskraft der Gewere ergibt sich ihre Bedeutung für den Rechtsverkehr: mit der formalen Sachherrschaft verschafft sie formale Verfügungsmacht über die Sache. Der Erwerber vom Nichtberechtigten erwirbt allerdings zunächst nur den Schein eines Rechts, der aber durch Beschränkung der Rechtsverfolgung freiwillig aus der Hand gegebener Sachen die Stellung des Berechtigten nach sich zieht. Denn wer seine Fahrnissache einem andern anvertraut und dadurch die Gewere aufgibt, kann sich nur an seinen Vertrauensmann halten und verliert den absoluten Rechtsschutz. Sogar wenn die Sache dem Vertrauensmann gestohlen worden war, konnte ursprünglich der Eigentümer nicht unmittelbar den Dritten belangen, sondern musste seinem Vertrauensmann die Last der Spurfolge und des Prozesses überlassen.[2])

Das Publizitätsprinzip wird nun aber modifiziert durch das Veranlassungsprinzip oder den Gedanken des Friedensschutzes:[3]) verliert der Eigentümer wider Willen die Gewere, so bei verlorenen, gestohlenen, geraubten, abgetragenen (vom Gesinde oder den Familienangehörigen veräusserten) Sachen, so ist er in der Vindikation unbeschränkt; das Interesse des Rechtsfriedens steht dem Gesetz höher als die Verkehrssicherheit, die Willensfreiheit des Individiums höher als ein allgemeiner Vertrauensschutz. Dabei mögen typische Er-

[1]) Fahrnisbesitz 2 und 9 ff. DPR. 2, 187 ff.

[2]) Heusler, DPR. 2, 213. Ssp. II, Art. 60 § 1. [3]) Schultze 171 ff.

wägungen[1]) mitgespielt haben: wer seine Sache aus der Hand gibt, muss prüfen, ob der andere vertrauenswürdig ist; wer aber eine Sache kauft, muss sich seinen Veräusserer daraufhin ansehen, ob er ihm Gewährschaft leisten kann: trau, schau, wem. Der Eigentümer soll sich an seinem Vertrauensmann erholen; fehlt ein solcher, so muss sich der Erwerber an seinen Veräusserer halten. Weiter ist der Nachweis der Hehlerei oder schlechten Glaubens bei Erwerb vom Dieb in der Regel schwierig; deshalb versagt das Recht allgemein in diesem Fall den Erwerb.

Der Gedanke des Friedensschutzes muss jedoch zurücktreten in Fällen gesteigerten Verkehrsbedürfnisses; so gewährte das spätere Recht teilweise, im Anschluss an das Judenrecht, dem Dritten, dem eine abhandengekommene Sache abverlangt wurde, einen Lösungsanspruch auf Ersatz des Kaufpreises dann, wenn er auf öffentlichem Markt gekauft hatte.

Von einem Erfordernis des guten Glaubens zum Erwerb schweigen die alten Quellen völlig.[2]) Dies erklärt sich aus dem Formalismus des alten Rechts und aus der Verquickung von Straf- und Privatrecht; die Prüfung der Redlichkeit des Erwerbers war entbehrlich, wenn dieser sich vom Verdacht unrechter Tat reinigte[3]) oder als Hehler überführt wurde und dann natürlich nicht erwarb. — Eine direkte Stellvertretung ist dem deutschen Recht ursprünglich unbekannt; aber die Gewere schuf zweifellos Legitimation auch für den, der nur als Verfügungsbefugter auftrat.

Mit der Rezeption übernahmen die deutschen Partikularrechte soweit sie dem römischen Vindikationsprinzip stand hielten, das Erfordernis der Gutgläubigkeit für den Erwerb vom Nichtberechtigten. Zugleich wird der Schutz gesteigert, indem statt eines unangreifbaren Besitzes volles Eigentum gewährt wird. Dieser Gedanke ist aber erst im HGB. von 1861 Art. 306 deutlich ausgesprochen. Vielfach sind Sachen von gesteigerter Verkehrsfähigkeit oder auf dem Markt oder in öffentlicher Versteigerung erworbene Sachen nicht vindizierbar. Das ALR. I, 15 § 25 gestattet zwar allgemein Vindikation, gewährt aber dem redlichen Erwerber ein Lösungsrecht. Von den modernen Gesetzbüchern führt der Code civil die deutschen Rechtsgedanken

[1]) H. Meyer, Das Publizitätsprinzip 85 f.

[2]) Goldschmidt, Z. 8, 256; Heusler, DPR. 2, 213; Schultze 167; Meyer, Entw. und Eigentum 127, 294.

[3]) Weil er etwa die Sache „offenbâre gekôft und unhêlinge gehalden hât," Ssp. II, Art. 36 § 1.

am konsequentesten durch: en fait de meubles la possession vaut titre. Die unentschiedenen Fragen, ob guter Glaube beim Erwerb erforderlich sei und ob der Erwerber sofort volles Eigentum erwirbt, bejahte die Rechtsprechung. Auch im Österreichischen BGB.[1]) ist der redliche Erwerb deutschrechtlich geregelt; und das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch[2]) schliesst sich an das französische Recht an. Welche Voraussetzungen des Eigentumsübergangs aber durch den guten Glauben ersetzt werden, ist in diesen Gesetzbüchern nirgends gesagt, so dass die Rechtsprechung freie Hand hat. Insbesondere der Schweizer Richter wird sich nicht innerhalb der Grenzen unserer Gesetzesdefinition in § 932 Abs. 2 halten, da ja sein Gesetzbuch den Kaufmann hier nicht besonders behandelt, und er wird frei prüfen, in welchen Fällen Schutz des redlichen Erwerbs nicht nur vom Scheineigentümer, sondern auch vom Scheinvertreter geboten erscheint.

§ 4.

3. Die Entwicklung des Glaubensschutzes vom ADHGB. zum BGB.

Für Deutschland erlangte das deutschrechtliche Prinzip des Schutzes des redlichen Erwerbs erst allgemeine Geltung im HGB. von 1861 Art. 306, wenn auch nur als kaufmännisches, durch Missstände im Kommissionsgeschäft hervorgerufenes[3]) Sonderrecht. Abs. 1 lautete: Wenn Waren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräussert und übergeben worden

---

[1]) § 367: Die Eigentumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweist, dass er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmann oder gegen Entgelt von jemand an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer andern Absicht anvertraut hatte. In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigentum erworben und dem vorigen Eigentümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.

[2]) Art. 714, Abs. 2: Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzesregeln im Besitze der Sache geschützt ist.

Art. 933: Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, ist in seinem Erwerbe auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war.

[3]) Prot. 4609; 1186.

sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigentum, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war. Das früher begründete Eigentum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräusserung unbekannt war.

Abs. 2 und 3 bestimmt Gleiches für den Erwerb vertraglicher und gewisser gesetzlicher Pfandrechte.

Abs. 4 versagt den gestohlenen und verlorenen Sachen den Glaubensschutz.

Goldschmidt,[1]) der hier wie in andern Gebieten des Handelsrechts eine bahnbrechende Reformstellung einnimmt, begrüsst diese Regelung als potenziertes Volksrecht, als den vollkommensten Ausdruck des neueren Rechtsbewusstseins, als ein der Sicherung des Güterumlaufs durch Begründung einfacher, leicht übersehbarer Rechtsverhältnisse förderliches Recht, das die natürliche Beweglichkeit der Mobilien nicht hemme. Mit richtigem Blick sieht er voraus, dass in nicht allzulanger Zeit auch der bürgerliche Mobiliarverkehr nach den Grundsätzen des Handelsrechts werde geregelt sein.

Da die Tendenz des Rechtsverkehrs über die vom Handelsrecht gesteckten Grenzen hinausgehe, sucht er den Begriff der Redlichkeit auf Grund des in WO. Art 74 ausgesprochenen Prinzips möglichst weit zu fassen und erklärt Glaubensschutz für geboten, mag der Irrtum das Eigentum oder das Verfügungsrecht des Veräusserers betreffen: „Wer von einem angeblich Bevollmächtigten des Eigentümers erwirbt, muss glauben, dass die Vollmacht zu Recht bestehe.“ [2])

Trotz der Polemik Hauser's[3]) gegen diese im Wortlaut des Gesetzes nicht begründete Anschauung verschaffte sich der verkehrsfreundliche Gedanke Goldschmidt's Eingang in Theorie und Praxis. So anerkannte das Reichsgericht[4]) das Pfandrecht eines Spediteurs, „sobald er es redlich, d. h. in Unkenntnis der Nichtberechtigung des angeblichen Vertreters zur Vertretung erworben hatte.“ Und Staub[5]) zog das Fazit der Entwicklung: „Die Redlichkeit besteht darin, dass man glaubte und glauben durfte, der Veräusserer sei zur Veräusserung berechtigt, was ja auch der Nichteigentümer sein kann, wenn er mit Einwilligung und im Auftrage des Eigentümers handelt wie z. B. der Kommissionär.“

Nachdem sich der Ausschluss der Vindikation beim redlichen Erwerb im Handelsrecht bewährt hatte, wurde diese Regelung schon

[1]) HB. I, 2. Abt. § 79; ZHR. 8, 226 f. [2]) HB. I, 2. Abt. 826, Anm. 17; ZHR. 9, 27 a. E. [3]) Siebenhaars A. 16, 257 [4]) RG. 29, 48. [5]) ADHGB. Art. 306 § 7.

in den ersten Entwurf des BGB. übernommen und gilt nun in BGB. §§ 932—936, 1032, 1207 f. neu redigiert und ausgearbeitet als gemeines bürgerliches Recht. Nicht übernommen wurde die Auslegung, die Art. 306 ADHGB. über den Wortlaut hinaus erfahren hatte, wie die Motive ergeben: guter Glaube ist „die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Erwerbers in Ansehung des Nichteigentums des Veräusserers; die Vorschrift des Art. 306 HGB. lässt sich im gleichen Sinn verstehen.“ [1]) Dementsprechend bestimmt auch § 932 Abs. 2: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache dem Veräusserer nicht gehört.“

Das BGB. schützt also ausdrücklich und allgemein nur den Glauben an das Eigentum des Veräusserers. Dieser Umfang des Glaubensschutzes genügte im Handelsverkehr nicht und das HGB. § 366 legte als ein über das gemeine bürgerliche Recht hinausgehendes Sonderrecht des Kaufmannsstandes fest, was schon bisher in der handelsrechtlichen Praxis galt: auch der Glaube des Erwerbers an eine blosse Verfügungsmacht des Veräusserers ist geschützt.

Der Schutz versagt bei abhanden gekommenen Sachen, eine Regel, die bei Sachen mit Verkehrsbestimmung (Geld, Inhaberpapiere) und in Fällen gesteigerten Verkehrs (öffentliche Versteigerung) durchbrochen wird, BGB. § 935. Für die Frage des Abhandenkommens ist in der Regel massgebend der Wille des Verlierers, der nicht rechtlich qualifiziert zu sein braucht,[2]) so dass auch der beschränkt Geschäftsfähige Besitz aufgeben kann.[3]) Die Besitzaufgabe muss normalerweise auf eigenen Entschliessungen des Besitzers beruhen. Deshalb sind nicht abhanden gekommen die vom Besitzer[4]) (anders die vom Besitzdiener) unterschlagenen Sachen, ebenso nicht die auf Grund eines Willensfehlers (Irrtum, Betrug, Drohung) weggegebenen Sachen, solange Anfechtung nicht erfolgt ist.[5]) Der Erwerber muss aber bezüglich der Anfechtbarkeit gutgläubig sein, § 142 Abs. 2; jedoch ist nach Analogie von § 932 Abs. 2 der gute Glaube nicht schon durch leichte Fahrlässigkeit als ausgeschlossen zu erachten.[6])

Es gibt aber auch Fälle, in denen der Fremdbesitz nicht auf dem Willen des Berechtigten beruht ohne dass doch die Sache abhanden gekommen ist: die Begriffe anvertraute und abhandengekommene Sachen stehen nicht im kontradiktorischen Gegensatz, wenn sie

[1]) M. 3, 346. [2]) Staudinger, BGB. § 935, I, 2, b.; Wolff 31 f. [3]) Bestritten, s. Gierke, DPR. 2, 245 Anm. 80. [4]) A. A. Binding, Die Ungerechtigkeit etc. 12 ff. [5]) Wolff 179. [6]) Biermann, BGB. § 932, 6, f.

auch die Hauptfälle bezeichnen. So kann ein Geschäftsführer ohne Auftrag oder ein Vertreter auf Grund des Vertretungsverhältnisses Früchte trennen oder Besitz an solchen ergreifen für den Berechtigten oder sie können herrenlose Sachen für einen andern okkupieren. Auch der Nachlasspfleger, Nachlassverwalter, Gerichtsvollzieher, Konkursverwalter, Testamentvollstrecker, Ehemann bezw. des eingebrachten Guts der Frau erwerben unabhängig vom Willen des Berechtigten fehlerfreien Besitz, soweit sie rechtmässig vorgehen. Ein Geschäftsführer kann ferner trotz § 857 für den entfernten Erben eine Nachlasssache in Besitz nehmen, bevor dieser den Besitz tatsächlich ergriffen hat (§ 2027), und erlangt fehlerfreien Besitz, wenn seine Geschäftsführung dem mutmasslichen Willen des Erben entsprach.

Mit der Anerkennung des in langer Entwicklung gewordenen Glaubensschutzes stellt unser Recht das Verkehrsinteresse höher als vollkommene Rechtssicherheit, wobei jedoch die Gefahr des Rechtsverlusts dadurch stark abgeschwächt wird, dass der Entrechtete normalerweise bei Schaffung des den Glauben rechtfertigenden Tatbestands mitgewirkt haben muss. Viel stärker wirkt der Glaubensschutz des Grundbuchrechts, das auf Veranlassung des Scheins durch den Berechtigten überhaupt nicht abstellt.

Das deutsche Liegenschaftsrecht[1]) entwickelte sich unabhängig vom Fahrnisrecht. Die Grundübereignung vollzog sich im alten deutschen Recht öffentlich, ursprünglich auf dem Grundstück selbst, später durch Erklärung vor Gericht oder Magistrat, hier meist mit einem Aufgebotsverfahren verbunden, das zum Untergang fremder Rechte durch Verschweigung führte. Aus den Gerichtszeugnissen über die Auflassungen entwickelten sich in den Städten schon frühe die Grundbücher, die für die Liegenschaften die Rolle der Gewere übernahmen, als der Bucheintrag wesentliches Erfordernis des Rechtsübergangs wurde: das Buch legitimiert den Eingetragenen als Berechtigten; wer dem Inhalt des Grundbuchs traut, wird geschützt; der Bucheintrag verschafft dem Erwerber die Gewere.

Gegen das rezipierte römische Recht mit seinem formlosen Immobiliarverkehr setzte sich das deutsche Grundbuchprinzip partikularrechtlich durch, bis es im BGB. allgemein anerkannt und modern ausgestaltet wurde. Das Grundbuch bringt die liegenschaftlichen Rechtsverhältnisse mit wenigen Ausnahmen zur Erscheinung; der Bucheintrag ist konstitutiv für Bestellung, Übertragung und Untergang der buchungspflichtigen Rechte wie für die Übereignung. Auf dem

[1]) Hübner, DPR. §§ 34 und 35.

Grundbuchzwang beruht die Vermutung für die Richtigkeit des Buchs, der wieder der öffentliche Glaube des Buchs entspricht: wer die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kennt, wird bei Verfügungsgeschäften über Grundbuchrechte, insbesondere beim rechtsgeschäftlichen Erwerb dinglicher Rechte am Grundstück oder an Grundstücksrechten geschützt. Das Grundbuch gilt zu seinen Gunsten als richtig, er erwirbt durch die Verfügung des Nichtberechtigten.

Das Grundbuch schafft einerseits die höchsten Kautelen für den sichern Bestand des Eigentums und der Grundstücksrechte; ein eingetragenes Recht kann — Servitutenversitzung und Ausschluss des Eigentümers im Aufgebotsverfahren ausgenommen — nicht untergehen; andererseits kann ein falscher Eintrag in Verbindung mit redlichem Erwerb eines Dritten den Berechtigten entrechten, ohne dass dieser auch nur die geringste Veranlassung zur Herstellung des Rechtsscheins gegeben hätte. Diese Gefahr wird aber durch die öffentliche Führung der Grundbücher sehr reduziert und durch die Vorteile des Grundbuchs nicht nur für den redlichen Erwerber, sondern insbesondere auch für den Eigentümer bei weitem aufgewogen.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs schützt nur den Rechtsglauben, nicht den Glauben an eine Vertretungs- oder Verfügungsmacht. Ein Scheinvertreter kann aber auftreten, indem er dem andern Teil

1. nach §§ 873 Abs. 2, 875 Abs. 2 eine formgerechte Eintragungs- oder Löschungsbewilligung aushändigt, wodurch normalerweise eine vorausgegangene Einigung unwiderruflich wird oder bei Fehlen einer solchen dem andern eine Offerte gemacht wird;
2. nach § 1117 Abs. 1 einen Hypothekenbrief aushändigt, sei es dass die Einigung vorausgegangen ist oder erst bei der Übergabe stattfindet.

Der Glaubensschutz in diesen Fällen beurteilt sich nach den allgemeinen Vorschriften über Vollmachtsschein.

Um den wahren Rechtsgrund des gutgläubigen Erwerbs streiten sich zwei Theorien. Nach der Glaubenstheorie beruht er auf dem eigenen gutgläubigen Handeln des Erwerbers; die Legitimationstheorie dagegen erklärt ihn mit der durch den Besitz (oder Grundbucheintrag) erlangten formalen Verfügungsmacht des Veräusserers, der Publizität; so Gierke[1]): „Der wahre Rechtsgrund für den trotz des Mangels

[1]) DPR. 2, 575 f. Literatur in Anm. 108 und 109. Ebenso H. Meyer, Entwertung und Eigentum, z. B. S. 296.

im Recht des Veräusserers heute eintretenden Rechtserwerb liegt in der Legitimationskraft des offensichtlichen Fahrnisbesitzes. Auf Grund seines Besitzstandes ist der Veräusserer befähigt, im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem Besitze zugleich das in ihm erscheinende materielle Recht zu verschaffen und so über fremdes Eigentum und sonstiges Sachenrecht wirksam zu verfügen . . . . . Der gute Glaube ist nur Voraussetzung, nicht Rechtsgrund des Erwerbs.“ Dagegen kämpft Regelsberger.[1]) Den Begriff Besitzlegitimation = tatsächlich am Besitz haftender Eigentumsschein lässt er als bildlichen Ausdruck hingehen. Dagegen verwirft er eine Besitzlegitimation im Sinn einer dem Besitz verliehenen rechtlichen Macht zur Verfügung als entbehrlich, unhaltbar und sittlich anstössig. Der redliche Erwerb beruht allein auf dem durch die Umstände gerechtfertigten Vertrauen des Erwerbers an den rechtlichen Erfolg seines Geschäfts; sein guter Glaube ist die Grundlage seines Erwerbs, nicht irgend eine Übertragungsmacht des Veräusserers.[2])

So lässt sich der Streit zuspitzen zu der Antithese: Ist der gute Glaube Rechtsgrund, der Besitz des Veräusserers nur Voraussetzung für den Eintritt des redlichen Erwerbs, oder ist umgekehrt die Besitzlegitimation des Veräusserers der Rechtsgrund, der gute Glaube blosse Voraussetzung? Nun ist aber der Unterschied zwischen Grund und Voraussetzung so schwierig zu finden wie der zwischen Ursache und Bedingung in der bekannten Streitfrage des Strafrechts. Was versteht man hier unter Rechtsgrund? Es ist nicht das ein bestimmtes Urteil notwendig Machende, denn der Satz: der Gutgläubige erwirbt unter bestimmten Voraussetzungen Eigentum vom Nichtberechtigten, ist kein logisch notwendiger, durch einen Erkenntnisgrund geforderter Satz, sondern ein aus praktischen Bedürfnissen geborener. Rechtsgrund ist aber auch nicht etwa das Motiv, das den Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes geleitet hätte; denn der Gesetzgeber wurde durch die Notwendigkeit, die Interessenkonflikte zwischen Eigentümer und redlichem Erwerber auszugleichen, bestimmt; die Ursachen für diese Rechtsgestaltung finden sich im Rechtsverkehr. Vielmehr ist Rechtsgrund einfach der durch Abstraktion aus konkreten Rechtssätzen gewonnene Oberbegriff, das Prinzip. Die beiden streitenden Theorien begründen also nichts und erklären nichts: das Gesetz hat

[1]) Jherings J 47, 356 ff. Dort Literaturangabe.

[2]) Ähnlich Wellspacher 17.: Die Legitimation des Besitzers ist lediglich ein Reflex jener Rechtsnormen, welche den Schutz des guten Glaubens an die objektive Grundlage des Besitzes knüpfen.

hier einfach Rechtswirkungen an gewisse Voraussetzungen subjektiver (guter Glaube des Erwerbers) und objektiver Art (ordentliches Eigentumsübertragungsgeschäft mit Besitzverschaffung durch den Veräusserer) geknüpft. Je nachdem man nun bei der Abstrahierung, dem induktiven Verfahren, das eine oder andere Moment vernachlässigt kommt man zur einen oder andern Theorie. Es ist aber unrichtig, das eine oder andere Moment in den Vordergrund zu rücken, denn guter Glaube und Besitzlegitimation sind untrennbar mit einander verbunden, zwei Seiten einer und derselben Erscheinung; guter Glaube setzt ein Objekt voraus, auf das er sich beziehen, ein materielles Substrat, an dem er heften kann. Das Gesetz wählt dafür typische Tatbestände, bei denen in der Regel der äussere Schein dem materiellen Recht entspricht und welche genügende Vertrauensgrundlagen abgeben. Andererseits schafft das Recht, auch das germanische Recht, solche Tatbestände oder Rechtszeichen nicht um ihrer selbst willen, sondern im Dienste des Rechtsverkehrs und der menschlichen Interessen. Ein primitives Recht kann wohl die Prüfung des guten Glaubens ersetzen durch formale Voraussetzungen, aber nimmermehr wird das Recht den Schein wirken lassen, zu gunsten derer, die die wahre Rechtslage kannten; denn das wäre Selbstvernichtung des Rechts. — Guter Glaube und Rechtszeichen sind allerdings insofern unabhängig voneinander, als die Voraussetzungen für jedes durch das Gesetz beliebig bestimmt werden können: so genügt als Rechtszeichen nur fehlerfreier Eigen- oder Fremdbesitz, als guter Glaube nur der nicht grobfahrlässige. Die Terminologie braucht nun natürlich nicht geändert zu werden, nur muss, wer von Publizitätswirkung spricht, sich immer auch den guten Glauben dazu denken und bei dem Ausdruck „Wirkung des guten Glaubens“ muss man sich dessen Grundlage auch immer mitvorstellen.

Zweiter Abschnitt.

Der Schutz des Machtglaubens.

§ 5.

1. Die Besitzlegitimation beim redlichen Erwerb des BGB.

Der redliche Erwerb nach BGB. §§ 932—936 setzt guten Glauben voraus, der sich auf einen, regelmässig fehlerfreien, unmittelbaren oder mittelbaren Besitz stützen muss. Der gute Glaube wird ausgeschlossen durch grobe Fahrlässigkeit. „Diejenige Vorsicht und Prüfung in Ansehung des Rechts des Vormanns darf nicht unterlassen werden, die nach den gegebenen Umständen zu erwarten ist und deren Nichtvornahme schlechthin mit dem Verhalten eines ordentlichen Mannes unverträglich ist. Nicht nur, wer verdächtige Umstände kennt und dennoch Nachforschungen unterlässt, sondern auch, wer unter besonders schwerer Verletzung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt es unterlässt, sich die Kenntnis solcher Umstände zu verschaffen", handelt grobfahrlässig.[1])

Der Glaube kann auf Rechtsirrtum[2]) wie auf Tatsachenirrtum beruhen, im Unterschied vom römischen Recht. Er muss bestehen im Zeitpunkt der Erlangung des unmittelbaren Besitzes, ausgenommen beim Erwerb vom mittelbaren Besitzer durch Anspruchsabtretung.

Der Glaube muss sich beziehen auf das Recht des Veräusserers und zwar auf das Gehören, das Eigentum; bei Erwerb vom Vertreter auf das Eigentum des Vertretenen, denn er ist der Veräusserer; beim Erwerb vom Ermächtigten auf das Eigentum des Ermächtigenden.[3]) Ein Unterschied zwischen direkter und indirekter Stellvertretung ist hier wohl nicht am Platz. Vom mangelnden Eigentum abgesehen

[1]) Rg. 58, 164 und 166. [2]) Wendt 12 f.

[3]) So Kipp bei Windscheid-Kipp 1, 896. Gegner Planck, BGB., Vorb. 2 c zu §§ 932—935. Vermittelnd Wolff 182: Der Ermächtigende müsse mittelbarer Besitzer sein oder Besitzer gewesen sein. Aber der Ermächtigte, der doch Besitz haben muss, kann ja den Ermächtigenden, für den er veräussern will, jederzeit zum Besitzer machen!

aber muss ein fehlerloses Veräusserungsgeschäft vorliegen; Mängel der Geschäfts- oder Veräusserungsfähigkeit oder Vertretungsmacht vermag der gute Glaube ebensowenig zu ersetzen wie eine etwa erforderliche staatliche Genehmigung zur Veräusserung. Der Besitz als die normale Erscheinungsform des Eigentums im bürgerlichen Verkehr vermag den Rechtsschein des Eigentums zu erzeugen, kann aber den Glauben an das Vorliegen anderer Geschäftsvoraussetzungen nicht stützen.

Eine durch die Besonderheiten des Fruchtrechts modifizierte Anwendung der Sätze über den Schutz des redlichen Erwerbs enthalten die §§ 956 f. Der Fruchterwerb auf Grund Aneignungsgestattung beruht auf dinglichem Vertrag und liesse sich schon aus allgemeinen Grundsätzen herleiten, aber praktische Rücksichten führten dazu, diese Erwerbsart nicht bei der Übertragung, sondern beim Fruchtrecht zu regeln.[1])

Nach § 957, der zu § 956 im selben Verhältnis steht wie § 932 zu § 929,[2]) erwirbt der Gutgläubige Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache auf Grund einer Gestattung des Nichtberechtigten und zwar bei Besitzüberlassung der Muttersache mit der Trennung, andernfalls mit der Besitzergreifung des Erzeugnisses. Gestattungsfähig ist nicht nur der Scheineigentümer, sondern auch der Scheinniessbraucher oder sonst Nutzungsberechtigte, ebenso auch scheinbar obligatorisch Berechtigte wie der Pächter.[3])

Der gute Glaube an das Verfügungsrecht des Gestattenden muss vorhanden sein im Zeitpunkt der Besitzergreifung der Erzeugnisse, bei Überlassung der Muttersache in diesem Zeitpunkt bis zur Trennung der Früchte. Mit Recht verlangt die H. M., dass der nichtberechtigt Gestattende im Besitz der Muttersache sei und dieser Besitz nicht fehlerhaft sei i. S. § 935.[4]) Denn nur der auf die Besitzlegitimation gestützte Glaube ist schutzwürdig. Der Besitz der Muttersache schafft hier nicht den Schein des Eigentums an ihr, wohl aber den Schein eines dinglichen oder obligatorischen Fruchtziehungsrechts, das den Berechtigten als Eigentümer der künftigen Früchte bestimmt. So ist der Glaube an das Bezugsrecht des Autors identisch mit dem Glauben an das Eigentumsrecht an der Frucht.[5])

Das BGB. § 1244 verwendet weiter den Besitz in Verbindung mit Öffentlichkeit des Veräusserungsgeschäfts als Rechtszeichen des

[1]) M. 3, 367. [2]) Staudinger, BGB. § 957, 1. [3]) Wolff 209; Hachenburg 143; Kipp in Windscheid-Kipp 1, 965. Staudinger, BGB. § 956 I, 2, c. [4]) Wolff 210 Anm. 28. [5]) Hachenburg 144.

Pfandrechts und schützt den hinsichtlich des Pfandrechts des Veräusserers und der Rechtmässigkeit der Veräusserung gutgläubigen Erwerber einer als Pfand veräusserten Sache, mag sie auch abhanden gekommen sein, vorausgesetzt, dass der Pfandverkauf in öffentlicher Versteigerung oder bei börsen- oder marktfähigen Waren oder Orderpapieren freihändig durch einen dazu öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise vorgenommen wird, §§ 1221, 1235, 1295. Eine solche Versteigerungsperson kann auch Gold- oder Silbersachen freihändig zu einem den Metallwert erreichenden Preise verkaufen, wenn in öffentlicher Versteigerung ein genügendes Gebot nicht abgegeben wird, § 1240 Abs. 2. Kennt der Erwerber die Eigenschaft der Sache als Pfand nicht, so kann er schon nach § 932 (ev. HGB. § 366) gutgläubig erwerben; kennt er sie, so muss nach Wolff[1]) eine Versteigerung vorausgegangen sein, ohne dass dieses Erfordernis durch guten Glauben ersetzt werden könnte. Da jedoch der Dritte diese Voraussetzung kaum nachprüfen kann, so würde diese Auslegung die Verkehrssicherheit schwer gefährden, ohne doch dem Eigentümer der Pfandsache viel zu dienen.

Beim Sicherungsverkauf von dem Verderb ausgesetzten Pfandsachen durch öffentliche Versteigerung oder — bei Börsen- und Marktwaren — durch freihändigen Verkauf, §§ 1219, 1221, ist Glaubensschutz zwar nicht ausdrücklich angeordnet, aber § 1244 entsprechend anzuwenden, wobei die Rechtmässigkeitsvoraussetzungen des § 1220 (Androhung und Fristsetzung gegenüber dem Verpfänder) im Verkehrsinteresse nicht als unersetzbare zu betrachten sind.

Eine weitere Verwendung des Besitzes als Rechtszeichen beim Eigentumserwerb kennt das BGB. nicht. Beim Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen erübrigt sich der Glaubensschutz, weil § 1067 dem Niessbraucher (im Unterschied von der ehemännlichen und väterlichen Nutzniessung) sofort Eigentum an diesen Sachen gewährt, so dass, wer verbrauchbare Sachen vom Scheinniessbraucher erwirbt, schon nach § 932 geschützt ist.

Dagegen ist der Glaube des Erwerbers vom nichtberechtigten Pächter und Niessbraucher in §§ 588 und 1048 nicht geschützt: der Pächter und der Niessbraucher eines Grundstücks samt Inventar können über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen. Die Interessenlage ist hier die gleiche wie in § 957, so dass Glaubensschutz geboten erscheint

[1]) A. a. O. 577.

und zwar nach zwei Richtungen, soweit sich der Glaube auf das Recht des Scheinniessbrauchers und Scheinpächters erstreckt und soweit es sich um Verfügung innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft handelt.

Hier, wie in den anderen vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen handelt es sich immer um Verfügungen über Eigentum oder über fremde Sachen aus eigenem Recht. Der Glaube an Verfügungsbefugnis über fremde Sachen aus fremdem Recht, der Machtglauben, kann sich im bürgerlichen Verkehr nicht bloss auf den Besitz stützen; er muss eine stärkere objektive Grundlage haben. Mit Recht! Beim Eigentümer und beim Verfügungsberechtigten aus eigenem Recht bestehen in der Regel Beziehungen zur Sache, die dem Besitz ein besonderes Gepräge, eine besondere Farbe geben, die beim Besitz auf Grund Vertretungsverhältnisses meist fehlen, so dass hier die Tatbestandsmomente, auf die sich der gute Glaube gründen muss, vermindert sind. Der Besitz verschafft also im BGB. nur die Legitimation eines aus eigenem Recht Verfügungsberechtigten und nicht die eines Bevollmächtigten.

Indem Wendt[1]) in dem Ausdruck „Verfügungsgewalt kraft dinglichen Rechts an der Sache oder auf sonstiger Grundlage“ Verfügungsrecht und Verfügungsbefugnis auf Grund Vollmacht oder Ermächtigung zusammenfasst, erscheint ihm der Analogieschluss aus §§ 957, 1244 auf einen allgemeinen Schutz des Machtglaubens im BGB. zulässig. Da wir nun aber tiefere Unterschiede zwischen Verfügungsrecht und Verfügungsbefugnis annehmen, so ist auch dieser Analogieschluss nicht mehr verwendbar.

§ 6.

2. Schutz des Machtglaubens auf Grund von Scheinvollmacht.

Das BGB. schützt zwar den Glauben an eine Verfügungsbefugnis nicht schon, wenn der Scheinvertreter Besitz vorweist, aber nach den allgemeinen Bestimmungen über Vertretung dann, wenn der Tatbestand einer Bevollmächtigung veranlasst worden ist.

Vertretung i. a. ist die Vornahme von Rechtsgeschäften und anderen Rechtshandlungen für einen andern. Sie beruht auf Vollmacht oder Gesetz. Die Bevollmächtigung erfolgt nach § 167 durch

[1]) A. a. O. 61.

Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Geschäftsgegner, gegenüber dem die Vertretung stattfinden soll, oder nach h. M. auch durch öffentliche Bekanntmachung. Sie ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, ist also nichtig, wenn sie von einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einwilligung ausgeht, nur zum Schein abgegeben oder nicht ernstlich gemeint war, und ist bei Vorliegen von Willensmängeln mit rückwirkender Kraft anfechtbar.[1]) — Die Nichtigkeit oder Anfechtung der Bevollmächtigung wirkt aber gegenüber dem gutgläubigen Dritten nur, soweit er nicht auf eine Kundgebung der Vollmacht nach aussen vertraut hat, §§ 170—173.

Innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht kann der Bevollmächtigte Willenserklärungen im Namen des Vertretenen mit unmittelbarer Wirkung für und gegen diesen abgeben. Die Vertretung ist auch zulässig bei Verfügungen, das sind Rechtsgeschäfte, die sich unmittelbar auf eine Rechtsänderung richten, dingliche Rechtsgeschäfte im weitesten Sinn.[2]) Der Vertreter kann also insbesondere bei Veräusserung die Einigung, den dinglichen Vertrag vornehmen und durch Übergabe oder Übergabeersatz Eigentum oder ein dingliches Recht verschaffen, gleichgültig, ob er als Fremdbesitzer besass oder als Besitzdiener nur Gewahrsam hatte.[3])

Ein solcher Erwerb ist natürlich auch nach sachenrechtlichen Regeln geschützt, wenn der Vertretene nicht Eigentümer war; z. B. ein Vormund veräussert einem Gutgläubigen seine eigene oder eine fremde Sache als Sache des Mündels. Daneben gibt es aber Fälle, in denen der Glaube an eine nicht bestehende Vollmacht (Scheinvollmacht) geschützt wird. — Hat nämlich der Vertretene durch sein Verhalten den Schein, den äusseren Tatbestand veranlasst, der in dem Dritten den Glauben erweckte, der Vertreter sei bevollmächtigt, so gilt dieser dem Dritten gegenüber als bevollmächtigt, und es treten diejenigen Rechtswirkungen ein, die eintreten würden, wenn eine

[1]) Darüber s. Ennneccerus 484 f.

[2]) Dernburg, BR. 1, S. 527, 384. Cosack, BR. 1, 193 spricht nur von Verfügungsfähigkeit des Berechtigten durch einen Vertreter: diese schwerfällige Ausdrucksweise ist unnötig. Zwar werden die Erklärungen und Verfügungen des Vertreters unmittelbar auf den Vertretenen bezogen, als ob er sie selber vorgenommen hätte, trotzdem aber erklärt und verfügt der Vertreter, insofern er körperlich tätig wird.

[3]) Rümelin, ArchZivPrax. 93, 266.

Vollmacht in Wirklichkeit vorläge.[1]) Der Vertretene muss also den Vollmachtsschein veranlasst, eine sogen. offene, externe Vollmacht begründet haben, damit das (schon durch einfache Fahrlässigkeit [§ 173] aufgehobene) Vertrauen Dritter geschützt werde.

Der Begriff der Scheinvollmacht, wie er insbesondere von v. Seeler entwickelt und von Staudinger[2]) auf den Fall des Schutzes des auf den Fortbestand einer kundgegebenen, aber erloschenen Vollmacht vertrauenden Dritten (§§ 170—172) angewandt wurde, ist dem Gesetz unbekannt; in §§ 170—172 arbeitet es mit Fiktionen: zu Gunsten des Gutgläubigen „bleibt die Vollmacht in Kraft"; bei Kundgebung auch einer nicht entstandenen Vollmacht ist der als bevollmächtigt Bezeichnete „zur Vertretung befugt", ohne dass das Gesetz, seinem Wortlaut nach, auf den guten Glauben abstellt. Ebenso arbeitet das Reichsgericht[3]) mit Fiktionen und redet von „stillschweigender" Bevollmächtigung durch schlüssige Handlungen, wenn ein mit den örtlichen Sitten Unbekannter durch sein äusseres Verhalten den Schein einer Bevollmächtigung erweckt, ohne sich dessen überhaupt bewusst zu sein, während doch hier wohl von Stillschweigen, nicht aber von einer Willenserklärung geredet werden kann.

Diese Fiktionen verschwinden, wenn man alle Fälle, in denen ein Vertreter für einen andern auftreten kann, ohne dass doch eine Vertretung dessen eigentlichem Willen entspricht, als Scheinvollmacht auffasst, also auch den Fall,[4]) dass ein Vertreter innerhalb der kundgegebenen Vollmacht, aber den inneren Instruktionen zuwider handelt. So werden Vollmacht und Scheinvollmacht dort abgegrenzt, wo die Berücksichtigung des Einzelwillens aufhört im Interesse der Verkehrssicherheit.

In welchen Fällen liegt nun eine solche Scheinvollmacht vor, die als Grundlage für das Vertrauen des Dritten dienen kann?

Nach §§ 170—172 wird eine offene Vollmacht erteilt durch Erklärung gegenüber dem Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung; ferner durch Kundgebung einer intern erteilten Vollmacht

---

[1]) v. Seeler 2, Wellspacher 84, Goldberger 75.

Dernburg, BR. 1, 534: Wer einen andern äusserlich in die Stellung eines Bevollmächtigten gebracht hat, muss dafür einstehen wenn ein Dritter auf den Schein vertraut.

A. A. Biermann, BR. 1, 267: Niemand kann sich darauf verlassen, dass die einem andern erteilte Vollmacht den regelmässigen oder gewöhnlichen Inhalt und Umfang hat.

[2]) BGB. § 170. 1. [3]) z. B. in Seuff A. 59 No. 177. Sörgel, Rspr. 1910, § 167 No. 2. [4]) v. Seeler 2.

durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung. Der Kundgebung durch besondere Mitteilung steht gleich die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde durch den Vertreter, die ihm vom Vertretenen ausgehändigt wurde. Unter der „besonderen Mitteilung" des § 171 wird meist eine ausdrückliche Mitteilung verstanden. Nun hat das Wort „besondere" einen Doppelsinn; es wird auch im Gegensatz zu allgemein gebraucht und lässt sich hier gut so in der Gegenüberstellung zu öffentlich verstehen, so dass auch Kundgebungen durch konkludente Handlungen unter § 171 fallen.[1]) Diese Kundgebung ist zunächst rein deklaratorisch, unterscheidet sich aber praktisch von der Vollmachtserteilung durch Erklärung nach aussen nicht. Denn liegt bei der Kundgebung tatsächlich keine interne Bevollmächtigung vor, so wirkt die Kundgebung selbst konstitutiv.[2]) Deshalb ist auch der § 170 eigentlich entbehrlich.[3])

In diesen Fällen schützt nun das Gesetz den Dritten, der auf die Erklärung oder Mitteilung und jeden, der auf die öffentliche Bekanntmachung vertraut, wenn er das Erlöschen der Vollmacht nicht kennt oder kennen muss.

Keine offene Vollmacht dagegen braucht vorzuliegen in den Fällen, in denen eine durch Beendigung des Grundverhältnisses erloschene Vollmacht zu Gunsten des gutgläubigen Bevollmächtigten als fortbestehend gilt. Nur als Reflex dieser Glaubenswirkung wird der gutgläubige Dritte in seinem Verkehr mit einem solchen Vertreter geschützt, § 169.

Dem Erlöschen der Vollmacht in §§ 170—172 ist auch deren Nichtentstehung gleichzustellen, wenn die Vornahme der — nichtigen — Bevollmächtigung nach aussen kundgegeben wurde, z. B. eine nur zum Schein ausgehändigte Vollmachtsurkunde wird einem Dritten vorgelegt.

Voraussetzung für die Entstehung der Scheinvollmacht ist immer, dass der Verlautbarungsakt rechtsgültig sei. Die Kundgebung, die Aushändigung der Vollmachtsurkunde sind zwar keine Willenserklärungen, aber nach Analogie solcher zu behandeln.[4]) Es greifen also insbesondere die Vorschriften §§ 116—123 ein und nichtig sind Kundgebungen Geschäftsunfähiger oder unter physischem Zwang Handelnder. Der Schutz des Geschäftsunfähigen und die Heiligkeit des Rechtsfriedens stehen dem Gesetz höher als die Verkehrssicherheit. Eine Haftung des Geschäftsunfähigen nach §§ 827 ff. wäre allerdings erwägenswert.

[1]) M. Rümelin 130; v. Seeler 51. [2]) Staudinger, BGB. § 171, 2. [3]) Crome, BR. 1. § 104 Anm. 15; Wellspacher 89; Seeler 38. [4]) Jehle 53; Goldberger § 7; Gegner Wellspacher 89 ff.

Der Glaube auf Grund einer Vollmachtsurkunde setzt voraus Aushändigung der Urkunde durch den Vertretenen und Vorlegung durch den Vertreter. Die mit einem Willensmangel behaftete Ausstellung der Urkunde kommt nicht in Betracht, wenn die Aushändigung ordnungsmässig erfolgt ist. Dagegen darf die Rechtshandlung der Aushändigung nicht anfechtbar oder nichtig sein. Insbesondere ist das Vertrauen auf eine gestohlene Urkunde so wenig zu schützen, wie das auf eine gefälschte. Ein Analogieschluss aus § 370 (Quittung) oder § 794 (Inhaberschuldverschreibung) ist unstatthaft, weil in diesen Fällen der dem Aussteller der Urkunde entstehende Schaden von vornherein beschränkt ist, das Schutzbedürfnis auch für den leistenden Schuldner oder den Erwerber des Inhaberpapiers ungleich grösser ist als bei dem mit einem Scheinvertreter Abschliessenden.[1])

Einzelne Fälle von Scheinvollmacht finden sich im ganzen Gesetz zerstreut.[2]) So ist der zum Geschäftsführer bestellte Gesellschafter im Zweifel zur Vertretung der andern Gesellschafter gegenüber Dritten ermächtigt, § 714. Leute des Gastwirts können nach den Umständen als zur Entgegennahme von Sachen bestellt anzusehen sein, § 701 Abs. 2. Wenn ein Vertretener einem andern die nach aussen hin erkennbare Stellung eines Handlungsbevollmächtigten oder eines Schiffers eingeräumt hat, oder eine Reederei einen andern zum Korrespondentreeder bestellt oder ein Kaufmann einen andern in seinem Laden oder offenen Warenlager angestellt hat, so schützt das HGB. den guten Glauben des Dritten an eine Vollmacht von dem Umfang, wie sie mit jenen Stellen üblicherweise verbunden zu sein pflegt. Die Praxis geht in der Annahme solcher Tatbestände sehr weit; so bezüglich der Handlungsvollmacht RG. 65, 295 und des Angestellten im Warenlager RG. 65, 308. Auch bilden sich neue, bestimmte Tatbestände der Scheinvollmacht, so für den Gutsverwalter.[3])

Wann nun, von diesen durch Gesetz oder Rechtsprechung festgelegten Fällen abgesehen, der äussere Tatbestand einer Vollmacht begründet erscheint, muss nach der Verkehrsauffassung für den Einzelfall entschieden werden. Dabei kann bei Veräusserung durch einen Scheinvertreter die Legitimationswirkung des Besitzes ein sehr wesentliches Moment sein, z. B. ein Hotelportier veräussert unbefugt Küchen- und andere Abfälle, die er in Händen hat. Die Fälle des gutgläubigen Erwerbs auf Grund von Scheinvollmacht sind jedoch zu scheiden

[1]) Ebenso Goldberger 54 ff; Gegner v. Seeler 38.
[2]) Aufgezählt z. B. bei Dernburg, BR. 1, 537 Anm. 11.
[3]) OLG. Dresden in Sörgel, Rspr. 1910, § 164 No. 12.

vom redlichen Erwerb auf Grund von Besitzlegitimation, der bei Veräusserung durch einen nichtverfügungsberechtigten Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes nach sachenrechtlichen Grundsätzen geschützt ist.

Denn der Schutz des Glauben an eine Scheinvollmacht wirkt viel stärker als der Schutz nach § 366 HGB., da ja hier auch das obligatorische Verhältnis zwischen Käufer und Vertretenem durch den Scheinvertreter hergestellt wird: der Scheinvertretene haftet aus dem Kausalverhältnis als Gewährsmann für Mängel im Recht und Mängel der Sache. Da es ferner auf die Publizitätswirkung des Besitzes nicht ankommt, erwirbt der Gutgläubige auch bei Übereignung durch Übergabeersatz oder wenn der Scheinvertreter, etwa als Besitzdiener, selbst keinen Besitz hatte. Auch versagt hier der besondere Schutz des § 935 für abhandengekommene Sachen: z. B. ein Kolporteur führt sich als Agent eines Verlagshauses ein durch Vorlegung einer Vollmacht, die ihm den Vertrieb der Verlagsschriften in dem betreffenden Bezirk zuweist. Neben den ihm von seinem Verlag überlassenen Büchern veräussert er aber auch solche, die er aus dem Lager seiner Firma gestohlen hat.

Natürlich kann auch vom Scheinvertreter nach den Regeln der §§ 932 ff. eine dem scheinbar Vertretenen nicht gehörige Sache erworben werden, sofern sich nur der gute Glaube auf die Vertretungsmacht des Scheinvertreters und das Eigentum des Scheinvertretenen bezieht.[1])

Die über den Glaubensschutz im Sachenrecht hinausgehenden Wirkungen werden aber wieder ausgeglichen dadurch, dass der gute Glaube schon durch gewöhnliche Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist; der wider seinen Willen Vertretene sich möglicherweise auch durch Anfechtung der Scheinvollmacht und (bei Irrtumsanfechtung) Leistung des negativen Interesses aus der Bindung lösen kann.

Eine strenge Abgrenzung des Machtglaubensschutzes auf Grund Vollmachtscheins und auf Grund der Besitzlegitimation hat das Gesetz nicht versucht, so dass im Zweifel Zweckmässigkeitsgründe über die Subsumption unter Vertretungs- oder Sachenrecht entscheiden müssen. Der sachenrechtliche Schutz verlangt in erster Linie Besitzlegitimation, alle andern auf Vertreterstellung hinweisenden Merkmale sind mehr oder weniger nebensächlich. Der Schutz nach Vertretungsrecht setzt den vollen äusseren Tatbestand einer Vollmacht voraus: ein viel komplizierteres, an die Sorgfalt des Dritten viel strengere Anforderungen stellendes Verhältnis.

[1]) Vgl. M. Rümelin 270.

Was vom Boden des geltenden Vollmachtsrechts aus im Interesse der Verkehrssicherheit und zu gunsten des Vertrauensschutzes redlicher Dritter durch Gesetzesauslegung zu erreichen ist, ist wohl erreicht; eine weitere Ausdehnung des Schutzes ist nicht wünschenswert; im Gegenteil sind manche zu weitgehende Forderungen zurückzuweisen, so die Auffassung Staubs vom Telephon (vgl. OLG. Hamburg in Seuff A. 59, Nr. 109) oder die Ansicht v. Seelers (S. 47), nach § 56 HGB. gelte als bevollmächtigt auch, wer sich widerrechtlich in einen Laden einschleicht.[1])

Das BGB. begreift unter Vertretung nur das Handeln im Namen des Vertretenen mit unmittelbarer Wirkung für und gegen ihn. Verfügungen des mittelbaren Vertreters, der in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung handelt, ohne zwischen Vertretenem und Geschäftsgegner Kausalbeziehungen herzustellen oder auf Grund solcher zu verfügen,[2]) sind nach BGB. § 185 wirksam nur, wenn sie mit Ermächtigung des Berechtigten erfolgen oder, was hier ausser Betracht bleibt, wenn sich nachträglich dingliches Recht und Haftung aus dem der Verfügung zu grunde liegenden Kausalgeschäft in einer Hand vereinigen. Da nun die Interessenlage die gleiche ist bei Erwerb vom Scheinvertreter wie vom Scheinermächtigten, sind die Vorschriften der §§ 170 ff. über Glaubensschutz in gleicher Weise anzuwenden, mag eine bestehende Ermächtigung erloschen sein oder eine anscheinend vorhandene überhaupt nicht zur Entstehung gelangt sein.[3]) Gleiches gilt für die Erteilung einer gesetzlich notwendigen Zustimmung, z. B. zu einer Verfügung der Ehefrau über eingebrachtes Gut § 1399, zu einer Verfügung des Mündels durch den Vormund: der minderjährige Student gilt als ermächtigt, über das ihm überlassene Geld für seine Bedürfnisse zu verfügen.

Wenn der nichtberechtigte Veräusserer in eigenem Namen auftritt und der Dritte ihn für verfügungsberechtigt hält, ohne sich aber darum zu bekümmern, ob der Verfügende Eigentümer ist oder für fremde Rechnung handelt, so erwirbt der Dritte kraft seines unbestimmten guten Glaubens jedenfalls in den Fällen, in denen sowohl der Glaube an das Eigentum als auch an eine Verfügungsmacht

---

[1]) Zu eng dagegen Lehmann, HR. 225, Cosack, HR. 97; Mittelmeinung: Staub, HGB. § 56, Düringer-Hachenburg, HGB. § 56.

[2]) cf. M. Rümelin, 153 ff.

[3]) befürwortend: v. Seeler 12, Rümelin 268, Planck, BGB. 1 § 183, 2 Staudinger, BGB. 1 § 183, 4.

geschützt ist. Sonst aber wird nur dann Erwerb nach Sachenrecht eintreten, wenn der Dritte nicht durch Unterlassung der Untersuchung solcher Momente, die das Vorliegen von Eigentum zweifelhaft machten und auf eine Prüfung der Ermächtigung hinwiesen, grobfahrlässig gehandelt hat.

Der Fahrniserwerb im Vertrauen auf Scheinvollmacht und Scheingenehmigung ist also zu schützen, wenn sich die Verfügung innerhalb der durch den Schein gedeckten Verfügungssphäre hält. Ein solcher Schein wird namentlich dann erzeugt, wenn jemand den Besitz einer fremden Sache erlangt oder anvertraut erhält so, dass er bei Berücksichtigung aller erkennbaren Umstände und nach Verkehrsanschauung als zur Verfügung im eigenen oder fremden Namen befugt erscheint und der Vertretene diese Umstände veranlasst hat.

Die gesetzliche Vertretung und sonstige Fälle einer Vertretungs- und Verfügungsbefugnis kraft Gesetzes folgen nicht ohne weiteres den Regeln der Vollmacht. Die Bestimmung des § 169 wird wiederholt beim Vater § 1682, beim Vormund § 1893, beim Testamentsvollstrecker § 2218, so dass Hachenburg[1]) für die gesetzliche Vertretung mit Recht das Prinzip aufstellt: „Der Vertreter wird bezüglich der Beendigung einer vorhandenen Vertretung geschützt, sofern nicht durch die Erklärung der zuständigen Stelle ihm die Verfügungsmacht entzogen ist. Der Schutz des gutgläubigen Dritten folgt als Konsequenz."

Dieses Prinzip gilt auch für die aus eigenem Recht über fremde Vermögen Verfügungsbefugten: der Ehemann ist bei Beendigung der Verwaltungsgemeinschaft zur Fortführung der Verwaltung, § 1424 Abs. 1, der Vorerbe bei Eintritt der Nacherbschaft zur Verfügung über Erbschaftsgegenstände befugt, § 2140, bis sie den Eintritt der Beendigung kennen oder kennen müssen, und aus ihrem Schutz folgt wiederum der Schutz des gutgläubigen Dritten: er kann also bewegliches Mündelgut, verbrauchbare Fahrnis des eingebrachten Guts, aber auch andere Gegenstände des eingebrachten Guts, soweit die Frau während der Verwaltungsgemeinschaft den Mann darüber verfügen liess, ferner Erbschaftsgegenstände gutgläubig erwerben, vorausgesetzt, dass eine Verfügungsmacht über das fremde Vermögen kraft übertragenen oder eigenen Rechts, für fremde oder eigene Rechnung, bestanden hat, und dass diese Verfügungsmacht erloschen ist, ohne dass weder der Veräusserer noch der Erwerber ihr Erlöschen kennen oder kennen müssen. Mit Recht dehnt Hachenburg[2]) dieses Prinzip aus auf die gleichliegenden Fälle des Konkurs- und Nachlassverwalters, des Sequesters,

[1]) a. a. O. 264. [2]) a. a. O. 269.

Pflegers; des Ehemanns nach Aufhebung der vertragsmässigen Gütergemeinschaft, des ersten Vermächtnisnehmers bei Nachvermächtnis.

Ein Schutz des Glaubens an das Bestehen oder Nochbestehen des Vertretungsrechts wie in §§ 170 ff. findet sich beim Inhaber der elterlichen Gewalt[1]) oder Vormund nicht. Die Bestallungsurkunde des Vormunds soll zwar nach Beendigung der Vormundschaft zurückgegeben werden, aber da sie nur ein gerichtliches Zeugnis über die Bestellung der in ihr genannten Person zum Vormund ist, so besteht kein Vertrauensschutz, wenn sie nicht zurückgegeben wird, §§ 1791, 1892 Abs. 2. Ähnlich ist die Bescheinigungsurkunde des Konkursverwalters behandelt. Wie die gesetzlichen Vertreter sind weiter auch der gerichtlich ernannte Vermögensverwalter, der Nachlassverwalter, der Sequester gestellt. Den Grund für diese Reglung sieht Hachenburg[2]) darin, dass der Vertretene keine Mitwirkung habe (Veranlassungsprinzip!). Der Hauptgrund aber ist wohl der, dass bei der Zuverlässigkeit der Gerichte das Bedürfnis eines Glaubensschutzes so selten aktuell wird, dass es vernachlässigt werden kann, dass ferner das Gesetz das Interesse des Mündels, der Konkursgläubiger usw. über das des Verkehrsschutzes stellt. Eine besondere Stellung nimmt das dem Testamentsvollstrecker auf seinen Antrag vom Nachlassgericht erteilte Zeugnis über seine Ernennung ein, § 2368. Es ist dem Erbschein nachgebildet. Der gute Glauben des Dritten an die Richtigkeit des Zeugnisses wird nur durch Kenntnis ausgeschlossen. Jedoch darf sich der Dritte nur darauf verlassen, dass eine Testamentsvollstreckung mit dem in der Urkunde angegebenen oder dem gesetzlichen Umfang bestellt worden ist; dafür, dass das Amt noch besteht, hat er keine Gewähr.

Ein guter Glaube an den Umfang der Vertretungsmacht kommt nicht in Frage, weil dieser bei der gesetzlichen Vertretung überall festgelegt ist. Der Glaube an die Zugehörigkeit einer Sache zu dem der Verfügung unterstehenden Vermögen beurteilt sich als Glaube an das Eigentum des Vermögenseigentümers nach § 932.

Weitere, teilweise komplizierte Fälle des Machtglaubensschutzes schafft schliesslich noch das Registerrecht im Vereins-, Handels-, Güterrechts- und Heiratsregister, §§ 68, 70, 1435, 1344; HGB. § 15.

[1]) Der Glaube an eine Verfügungsmacht in den Grenzen des § 1653 auf Grund väterlicher Nutzniessung am Kindesgut, deren Ausübung entzogen ist, § 1656, ist ebensowenig zu schützen (anders Hachenburg 145): denn das Interesse des Minderjährigen geht im Gesetz der Verkehrsicherheit vor; auch wird kein Vollmachtsschein durch das Mündel veranlasst.

[2]) a. a. O. 276.

Der Eintrag ins Güterrechtsregister allein vermag die weibliche Schlüsselgewalt gegenüber gutgläubigen Dritten zu beschränken, § 1357. Solange das Bestehen eines andern als des Normalgüterstands nicht registerkundig und dem Dritten nicht bekannt war oder der eingetragene Güterstand ohne Eintrag abgeändert ist, kann der Mann nach den Regeln des gesetzlichen oder des eingetragenen Güterstands über Frauengut verfügen. Jedoch ist der Glaube an das gültige Zustandekommen eines Eintrags nicht geschützt. Andrerseits kommt auch nichts darauf an, ob das Vertrauen des Dritten sich auf das Register gründet; so erwirbt ein Dritter Früchte vom Grundstück der Frau durch den Ehemann, ohne zu wissen, dass der Mann verheiratet ist und Gütertrennung besteht, sofern diese nur nicht eingetragen ist.[1]) Die Vorschriften über gutgläubigen Erwerb (§§ 892, 932 usw.) gelten unberührt durch den Eintrag ins Güterrechtsregister.

Der Eintrag ins Heiratsregister macht die Rechtshandlung des zur Verfügung über Frauenvermögen als Ehegatten scheinbar Befugten wirksam, sofern der Verfügende, falls die Ehe bestanden hätte, zur Verfügung berechtigt gewesen wäre und der Dritte die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der Ehe nicht kannte, mag er auch das Register nicht eingesehen, ja überhaupt nicht gewusst haben, dass seine Gegenpartei verheiratet ist. Auch die Wirkungen eines Ehevertrags treten ein, so dass sich der Dritte auf einen solchen nichtigen Ehevertrag berufen kann, obwohl er ihm unbekannt war, und er auch keinen Grund hatte, das Bestehen eines solchen anzunehmen.[2]) Die Wirkung des Registereintrags endigt mit Auflösung der Ehe durch Richterspruch oder auf sonstige Weise.

Dagegen ist der Glaube an das Bestehen einer Ehe nicht geschützt, wenn nur eine Scheinehe i. S. § 1344 Abs. 2 oder Konkubinat vorliegt.

[1]) Wellspacher 39. [2]) Wellspacher 32; Hachenburg 278 u. 280.

3. Schutz des Machtglaubens auf Grund der Besitzlegitimation.

§ 7. A. nach HGB. § 366.

Das BGB. verwendet den Besitz nur als Rechtszeichen, das HGB. auch als Vollmachtszeichen.

Veräussert oder verpfändet nämlich ein Kaufmann in seinem Handelsbetrieb eine fremde bewegliche Sache, so ist schon der gute Glaube des Erwerbers an „die Befugnis des Veräusserers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen" geschützt, wenn im übrigen die Voraussetzungen des redlichen Erwerbs vorliegen, § 366 HGB. — Abs. 2 bestimmt Entsprechendes, falls die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Abs. 3 endlich unterstellt den Erwerb gewisser gesetzlicher Pfandrechte demselben Glaubensschutz.

Die Denkschrift zur Reichstagsvorlage des HGB.[1]) führt dazu aus: „Im Handelsverkehr wird auf weitergehende Berücksichtigung des guten Glaubens nicht verzichtet werden dürfen. Der Fall, dass auf Grund eines handelsrechtlichen Vertragsverhältnisses die Befugnis begründet ist, über eine fremde Sache, sei es im eigenen Namen, sei es im Namen des Eigentümers zu verfügen, ist so häufig, dass die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt würde, wenn dem entschuldbaren Irrtum über das Vorhandensein einer solchen Verfügungsbefugnis der Schutz versagt bliebe. Wer von einem Kaufmann, der gewerbsmässig Kommissionsgeschäfte betreibt, erwirbt, wird meist nicht an dessen Eigentum glauben. Er darf sich aber, wenn ihm die Umstände keine Veranlassung zu Zweifeln geben, darauf verlassen, dass der Kommissionär zur Verfügung über den Gegenstand befugt sei und es kann ihm der Regel nach nicht angesonnen werden, Ermittlungen darüber anzustellen, ob ein gültiger Kommissionsauftrag besteht und wie weit er reicht. Das gleiche gilt, wenn ein Handlungsagent im Namen des Geschäftsherrn die Waren desselben, welche er auf seinem Lager hat, veräussert oder übergibt."

Es soll also dem Publikum die im Handelsverkehr oft schwierige und untunliche Prüfung der Vollmacht erspart oder doch erleichtert werden. Die objektiven Voraussetzungen des Erwerbs nach HGB. § 366 sind, wie im BGB., ein abgesehen vom mangelnden Eigentum oder Verfügungsvermögen des Veräusserers fehlerloses Veräusserungsgeschäft und Besitzerlangung des Erwerbers, oder wenn der Veräusserer mittelbaren Besitz hatte, Übertragung dieses Besitzes. Die Sache darf nicht abhandengekommen sein.

[1]) Ausgabe Guttentag 221 ff.

Ausserdem aber muss die Veräusserung durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes erfolgt sein. Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt, d. h. wer gewerbemässig die in § 1 Abs. 2 HGB. aufgezählten Handelsgeschäfte betreibt; ferner ist Kaufmann oder gilt als solcher, wessen Geschäftsfirma ins Handelsregister eingetragen ist, HGB. §§ 2, 5. Kaufleute sind auch die Minderkaufleute des § 4 HGB.

Nach Staub[1]) genügt es, wenn der Veräusserer nur kaufmännisch auftritt und infolgedessen als Kaufmann angesehen werden muss, so dass der Erwerber nach verkehrsüblichen Anschauungen die Kaufmannseigenschaft unterstellen konnte. Beispiele von Scheinkaufleuten bringt Staub, HGB. Exkurs zu § 5 Anm. 1.

Allerdings kann es nicht genügen, dass sich jemand als Kaufmann ausgibt, wenn es an einem in die äussere Erscheinung tretenden Tatbestand, der ihn als Kaufmann ausweist, fehlt. Liegt aber ein solcher Tatbestand vor, so ist der Scheinkaufmann dem Scheinniessbraucher, -fruchtziehungsberechtigten, -pfandgläubiger gleichzustellen und wie Glaubensschutz eintritt, wenn „eine Sache als Pfand veräussert“ wird § 1244, so muss er auch eintreten, wenn eine Sache als Kaufsache, als Handelsgut, veräussert wird.

Dem Erwerb von einem Kaufmann steht natürlich der Erwerb von seinem Vertreter oder demjenigen, der dafür gilt, gleich, und es kommt nur auf die Kaufmannseigenschaft des Prinzipals an.[2]) Wenn der Dritte den Bevollmächtigten, mit dem er unterhandelt hat, für den Geschäftsinhaber gehalten hat, so gilt das Geschäft doch als für diesen abgeschlossen und entscheidet seine Kaufmannseigenschaft.[3])

Der gute Glaube kann sich über die Grenzen des BGB. hinaus darauf erstrecken, dass der Verfügende befugt sei, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen oder ohne Vorbehalt des die Sache belastenden Rechts eines Dritten über die Sache zu verfügen. Der gute Glaube wird ausgeschlossen durch grobe Fahrlässigkeit, d. i. Irrtum infolge leichtsinniger Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.[4])

Da sich der gute Glaube sowohl auf das Eigentum des Vertretenen, als auch auf die Verfügungsbefugnis des Vertreters beziehen kann, ist ein zwei-[5]) und dreifacher Irrtum möglich: z. B. ich erwerbe

[1]) HGB. § 366 Anm. 19, Exkurs zu § 5. A. A. H. M., so Lehmann-Ring, HGB. § 366 Nr. 7; Düringer-Hachenburg, HGB. § 366, Anm. 3. [2]) Cosack, HR. 117. Dernburg, BR. 1, 550. [3]) cf. RG. im Recht 14, Nr. 3158. [4]) Vergl. z. B. RG. 36, 121; 58, 163. [5]) So Makower, HGB. § 366 V, b, 2.

ein Bild des A im Laden des Bildhändlers B von dessen Commis C; ich halte den C für einen Ladenangestellten, den B für beauftragt, das Bild zu verkaufen, als dessen Eigentümer ich den X ansehe.

Der Zeitpunkt für das Vorhandensein des guten Glaubens bestimmt sich wie im BGB.; ebenso die Wirkung des Glaubens: der Gutgläubige erwirbt das Recht des scheinbar Vertretenen durch die Verfügung des Scheinvertreters auf Grund seines Glaubens. Die Rechte des Vertretenen gehen unter, wie noch Art. 306 A D HGB. besonders bestimmt hatte. Zwischen Vertretenem und Erwerber entstehen keinerlei Beziehungen: der Scheinvertretene ist nicht Veräusserer, da § 164 keine Anwendung findet; es fehlt an einem wahren Veräusserer. Der Gutgläubige hat originär erworben; zwischen ihm und dem Scheinvertretenen fehlt jedes Band: kein Kauf, keine Kaufpreisforderung ist entstanden zwischen ihnen. Es bleibt nur der Weg des kondiktionenrechtlichen Ausgleichs, wenn es nicht der Scheinvertretene vorzieht, durch Genehmigung der Vertretung diese Beziehungen herzustellen.

Die Worte des Gesetzes „Befugnis des Veräusserers oder Verpfänders für den Eigentümer zu verfügen“ versteht nun die h. M. nach ihrer Entstehung dahin, dass sich der gute Glaube sowohl auf eine nicht bestehende Vertretungsbefugnis, im Namen des Eigentümers und für dessen Rechnung zu verfügen, als auch auf eine nicht bestehende Einwilligung (Ermächtigung), im eigenen Namen und für Rechnung des Einwilligenden zu verfügen, beziehen könne. Wenn Glaube an Vollmacht und Glaube an Ermächtigung in den Grenzen der §§ 170—173 gleich zu behandeln sind (s. oben S. 29), so kann auch hier nicht unterschieden werden, ob der Dritte glaubt, mit einem Vertreter oder Ermächtigten zu verkehren. Der Ausdruck „Verfügungsbefugnis“ ist ganz allgemein und widerstrebt dieser Auslegung nicht, die auch durch die gleiche Interessenlage in beiden Fällen geboten ist. Die Hauptbeispiele sind der Kommissionär und der Handlungsagent. Vielleicht muss der Richter bei Erwerb von diesem im Einzelfall schärfer in der Beurteilung einer Fahrlässigkeit sein als beim Kommissionär, der sich oft kaum vom Eigenhändler unterscheidet. Doch ist andrerseits die Vollmacht des Handlungsagenten einer überseeischen Firma viel schwieriger zu prüfen, als die Befugnis eines Kommissionärs, der wie allgemein bekannt, für eine bestimmte inländische Firma aufzutreten pflegt.

Cosack[1]) und Hellwig[2]) nehmen nun an, dass sich HGB. § 366 nicht auf den Glauben an die Vertretungsmacht beziehe;

[1]) HR. 117 f. [2]) Rechtskraft 98, Anm. 9.

Hellwig mit der Begründung, das Gesetz sage nur „für den Eigentümer“ statt „im Namen des Eigentümers“. Der Glaube an das Vorhandensein einer fehlenden Vertretungsmacht werde nur durch §§ 169—173, HGB. § 15 geschützt. Aber das Gesetz wollte doch wohl allgemein sein, um beide Fälle zu umfassen: ganz genau müsste es ja wohl heissen „für Rechnung des Eigentümers, sei es im eigenen, sei es im fremden Namen zu verfügen.“

Cosack geht gründlicher auf das Wesen der Vertretung ein: wenn es bei einem durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Geschäft auf die rechtlichen Eigenschaften der Parteien ankommt, sind, falls nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, die Eigenschaften des Vertretenen und nicht die des Vertreters massgebend. Demnach darf man nicht sagen, dass wenn ein Kaufmann eine Veräusserung namens eines Nichtkaufmanns vornimmt, die Veräusserung durch einen Kaufmann geschehen sei: entscheidend ist die Kaufmannseigenschaft des Vertretenen. Folgerichtig muss sich auch der Glaube des Erwerbers nicht auf die Verfügungsmacht des Vertreters, sondern auf die des Vertretenen beziehen. Dagegen ist § 366 HGB. unanwendbar, wenn der Vertreter nicht befugt war, im Namen des Dritten aufzutreten. Es würden nur zwecklose Verwicklungen entstehen, wenn man annehmen wollte, dass die Veräusserung eines ohne Vertretungsmacht handelnden Vertreters dinglich wirksam, dagegen der ihm zugrunde liegende Verkauf obligatorisch unwirksam oder nur beschränkt wirksam sei.

Die Literatur setzt sich über diese Anschauung mit meist recht kurzer Widerlegung hinweg,[1]) und doch hat Cosack hier in der Tat eine schwache Stelle getroffen. Kann ein Vertreter überhaupt Veräusserer und Verpfänder sein? BGB. und HGB. stehen auf dem Boden der Repräsentationstheorie[2]): das durch den Vertreter geschlossene Rechtsgeschäft ist seinem Abschluss nach (d. h. im Hinblick auf die Willenserklärungstat, durch welche es zustande kommt) ein Geschäft des Stellvertreters, aber die Wirkungen treten nur zu Lasten und zu Gunsten des Vertretenen ein. Der Vertreter kann wohl einen Kaufvertrag schliessen, aber Verkäufer ist der Vertretene; er kann sich wohl einigen über den Eigentumsübergang und dem Gegner die Sache übergeben, aber Veräusserer ist der Vertretene.

Hat das HGB. wohl diese Konsequenz berücksichtigt in den Worten: „Veräussert oder verpfändet ein Kaufmann“? Ich glaube

[1]) So Staub HGB. § 366 Anm. 18. [2]) Dernburg, BR. 1, 550.

nicht: es sollten doch nur die tatsächlichen Vorgänge charakterisiert werden, und der Sinn dieser kurzen Fassung war nicht missverständlich.[1])

Die von Cosack befürchteten Verwicklungen zwischen dinglich wirksamem und obligatorisch unwirksamem Geschäft sind nicht unlösbar: der Scheinvertreter haftet dem Erwerber, sofern dieser nicht leichtfahrlässig war, als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179. Das Erlangte hat er dem früheren Eigentümer herauszugeben, § 816, dem er ausserdem ev. aus Vertrag oder Delikt haftet. Eine Kaufpreisforderung steht weder ihm noch dem Verlierer zu, da ja das obligatorische Geschäft unwirksam ist. Dagegen hat der redliche Erwerber den verabredeten Kaufpreis, wenn er ihn noch nicht in Unkenntnis der Sachlage (§ 826) an den Scheinvertreter abgeführt hat, als ungerechtfertigte Bereicherung nach § 812 an den Verlierer herauszugeben.

Wenn schliesslich Cosack den Schutz des Erwerbs vom Scheinvertreter für unbillig hält, wenn dem Erwerber bei Prüfung der angeblichen Vertretungsmacht des Unbefugten ein leichtes Verschulden zur Last fällt, so zeigt die Praxis der Gerichte, dass mit Recht eine ziemliche Vorsicht des Erwerbers verlangt wird. Auch macht praktisch die Prüfung der Vollmacht und der Einwilligung dieselbe Mühe, abgesehen davon, dass direkte und indirekte Stellvertretung im Handelsverkehr leicht ineinander übergehen, dem Dritten auch die Eigenschaft seines Gegners als Vertreter oder Ermächtigter meist gleichgültig, sein guter Glaube somit unbestimmt sein wird. Nicht weil die kaufmännischen Vertreter so besonderes Vertrauen genössen, sondern weil es der Handelsverkehr so erfordert, wird die Vollmachtsprüfung erleichtert.

Beispiele für HGB. § 366 sind ausser dem Verkaufskommissionär oder Verkaufsagenten[2]) ohne Auftrag der Depositar oder Pfandgläubiger (Bankier, Juwelier), der als angeblich beauftragt fremde Sachen in eigenem oder fremdem Namen veräussert. Oder einer von mehreren Gesellschaftern einer Gelegenheitsgesellschaft tritt im Namen aller auf, ohne Vertretungsmacht zu haben.[3]) Oder ein Handelsmäkler verkauft im Fall des § 373 HGB. aus freier Hand, ohne Auftrag zu haben..[3])

Weiss aber im letzten Fall der Erwerber, dass es sich um den Selbsthilfeverkauf einer dem Schuldner nicht gehörigen Ware wegen

---

[1]) vergl. Ritter, HR. 145.

[2]) Veräusserungen des Agenten auf der Reise sind z. B. in der Gold- und Silberwarenbranche üblich. Düringer-Hachenburg, HGB. § 366, Anm. 3.

[3]) Lehmann-Ring, HGB. § 366, Anm. 8.

Annahmeverzugs des Gläubigers handelt, so wird fraglich, ob die nach § 373 HGB. erforderliche öffentliche Ermächtigung des Handelsmäklers objektiv vorliegen muss oder ob ihr Mangel durch guten Glauben ersetzt wird. Wolff[1]) bringt (für den gleichliegenden Fall des Pfandverkaufs) die Anwendung des in § 1319 ausgesprochenen Prinzips: öffentliche Amtsausübung ersetzt bei Gutgläubigen das Amt, in Erwägung. Wenn der Handelsmäkler (oder die Versteigerungsperson) als öffentlich ermächtigt oder bestellt auftreten und der Dritte kann bei ordentlicher Sorgfalt den Mangel der Ermächtigung oder Bestellung nicht erkennen, so muss der äussere Tatbestand zu seinen Gunsten wirken. Ebenso ist in den andern Fällen zu entscheiden, in denen ein Schuldner Verkäufe durch öffentlich ermächtigte Handelsmäkler oder öffentliche Versteigerungspersonen vornehmen lassen kann, z. B. BGB. § 385: der Gläubiger eines Verwahrungsvertrags ist in Annahmeverzug, weil er sein Getreide aus einem fremden Lagerboden nicht rechtzeitig abführt. Verschiedene derartige Fälle kennt das HGB. (z. B. §§ 376 Abs. 3, 379 Abs. 2).

Ein weiteres Glaubensproblem tritt in diesen Fällen auf, wenn das vorausgesetzte gesetzliche Veräusserungsrecht des Schuldners an Sachen des Gläubigers nicht besteht. Der Vergleich mit einem nicht bestehenden Veräusserungsrecht bei freihändigem Pfandverkauf liegt nahe. Da der Glaube auch hier die Befugnis des Mäklers, für den Eigentümer zu verfügen, betrifft, wenn auch diese Befugnis nur mittelbar, durch das nicht bestehende gesetzliche Recht des Schuldners, gegeben erscheint, so ist der Glaube zu schützen, umsomehr als das Bestehen des Veräusserungsrechts kaum geprüft werden kann.

Überhaupt ist § 366 HGB. ausdehnend anzuwenden[2]): so kann, wenn eine Ehefrau ein Handelsgewerbe ohne Einwilligung des Mannes betreibt, der gute Glaube die Zustimmung des Mannes zur Veräusserung einer zum eingebrachten Gut gehörigen Sache ersetzen.[2])

Besonderer Betrachtung bedarf auch der Fall, dass ein Ehemann ein Handelsgeschäft seiner Frau betreibt. Leben die Ehegatten im gesetzlichen Normalgüterstand, so kann der Ehemann über die Waren, soweit sie zum eingebrachten Gut der Frau gehören, als über verbrauchbare Sachen (§ 92) nach § 1376 Z. 1 verfügen. Tritt der Mann als Kaufmann im eigenen Namen auf, so kann er auch nicht zum Verkauf bestimmte Sachen des eingebrachten Guts oder Vorbehaltsguts der Frau auf Grund des § 366 HGB. an redliche Dritte veräussern; ebenso kann er die Sachen der Frau nach § 366 HGB.

[1]) A. a. O. 576 Anm. 12. [2]) Düringer-Hachenburg, HGB. § 366 Anm. 2.

veräussern, wenn er in Gütertrennung lebend zur Verwaltung nicht befugt ist. Denn die Vorschriften zu gunsten derjenigen, die Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, werden durch § 1435 und die Eigenschaft des Mannes als Ehemanns nicht berührt.[1])

Tritt der Mann, ohne selbst Kaufmann zu sein, im Namen der Frau auf und duldet es diese, so schafft sie damit den äusseren Tatbestand der Kundgebung einer Einwilligung i. S. §§ 185, 171[2]) und der Mann gilt gutgläubigen Dritten gegenüber auch über § 1376 Z. 1 hinaus zu allen Veräusserungen ermächtigt, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt.

§ 8.

B. Schutz des Machtglaubens beim Erwerb von Order- und Inhaberpapieren.

Rechtfertigt in § 366 HGB. die Art der Veräusserung einen besonders starken Verkehrsschutz, so bei den Wertpapieren ihre Beweglichkeit und Verkehrsbestimmung.

Das Papierrecht, insbesondere das der Order- und Inhaberpapiere, entwickelte sich aus dem Recht der germanischen Gewere.[3]) Als Legitimationszeichen, an das sich die Wirkungen der Gewere knüpften, schuf man für die unsichtbaren Rechte forderungsrechtlicher, sachenrechtlicher, mitgliedschaftsrechtlicher Art einen sichtbaren Stoff, das Papier, das ein abstraktes Leistungsversprechen enthält und den Leistungsempfänger durch Klauseln bestimmt; das Papier funktionierte als Rechtsträger, in ihm dachte man sich das Recht verkörpert. Unbeschränkte Zirkulationsfähigkeit besassen die Papiere mit alternativer oder reiner Inhaberklausel: der Papierinhaber war zur Verfügung über das Papier legitimiert, ohne Rechtsübertragung oder Vollmachterteilung nachweisen zu müssen. Dagegen waren die Papiere mit Order- oder Stellvertretungsklausel „an die kurze Marschroute aus der Hand der namentlich genannten Person in die Hand der Order oder des Vertreters gebunden.“ Der Destinatär oder Vertreter musste sich noch durch besonderen Willebrief legitimieren, aus dem sich das auf den Rücken des Papiers geschriebene Indossament entwickelte. Aus der Verbindung des alternativen Inhaberpapiers mit dem alten Orderpapier entstand das moderne vollkommene oder technisch indossable Orderpapier, das durch Zulassung öfterer Indossierung und durch Erleichterung der Legitimationsprüfung für Erwerber und Schuldner an Zirkulationsfähigkeit die Inhaberpapiere erreicht.

[1]) Staudinger, BGB. § 1435, 7. [2]) Planck, BGB. § 183, 2.
[3]) Hübner, DPR. 547 ff.

Der Erwerb des Rechts aus dem Orderpapier vollzieht sich nämlich nach Wechselrecht, da HGB. § 222 Abs. 3, § 365 Abs. 1 für die Namenaktien und die übrigen vollkommenen Orderpapiere die Bestimmungen der WO. Art. 36 und 74 überträgt. Normalerweise nun wird man Wechselgläubiger durch Einigung und Übergabe des indossierten Wechsels seitens des Remittenten oder legitimierten Indossanten. Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Veräusserer nicht äusserlich als Remittent oder als Indossatar legitimiert ist durch eine ununterbrochen bis auf ihn hinuntergehende Kette von Indossamenten, mögen diese nun echt oder gefälscht sein, WO. Art. 36; ferner bei bösem Glauben des Erwerbers, welcher auch bei grober Fahrlässigkeit vorliegt, WO. Art. 74. Wer also gutgläubig einen äusserlich ordnungsmässigen Wechsel durch Indossament und Übereignung erwirbt, ist gedeckt, mag sein Vormann auch den Wechsel gestohlen und mit falschem Indossament versehen haben, mag sein Veräusserer identisch sein mit dem durch den Wechsel Legitimierten oder nicht. In gleichem Umfang ist auch der zahlende Wechselschuldner gedeckt, auch Prüfung der Identität des Inhabers mit dem Legitimierten kann ihm nicht auferlegt werden.[1])

Der gute Glaube in WO. Art. 74 heilt nach H. M. alle Mängel des materiellen Erwerbsvertrags.[2]) Der Vollindossatar ist legitimiert als Eigentümer oder Vertreter oder sonstwie Verfügungsberechtigter. Dagegen soll sich nach Düringer-Hachenburg[3]) die Glaubenswirkung des Art. 74 mit den in § 932, HGB. § 366 aufgestellten Grundsätzen decken. Ist diese Anschauung zu eng, so geht andererseits die H. M. zu weit und setzt sich mit dem das Zivilrecht beherrschenden Grundsatz des Schutzes des Geschäftsunfähigen in Widerspruch, wenn sie auch den Mangel der Geschäftsfähigkeit des Veräusserers durch guten Glauben gedeckt sein lassen will.

Anders ist der Erwerb der Inhaberpapiere geregelt: er vollzieht sich durchaus nach sachenrechtlichen Grundsätzen (§§ 932 ff., 1032, 1207, HGB. § 366), nur dass unfreiwilliger Besitzverlust des Papiers dem gutgläubigen Erwerb nicht entgegensteht. Der Besitz des Inhaberpapiers legitimiert also den als Bevollmächtigter Auftretenden nur im Fall § 366 HGB.

Mit Recht tadelt Jacobi[4]) die verschiedene Behandlung von Order- und Inhaberpapieren und verlangt Gleichstellung der Legiti-

[1]) Jacobi, WP. im BR. 252 (bestritten). [2]) Staub-Stranz, WO. Art. 74 Anm. 3 mit Literaturangabe und Polemik gegen Düringer-Hachenburg. [3]) HGB. § 365 Anm. 6. [4]) WP. im BR. 68.

mationskraft des Besitzes beider Papiere. Er weist (S. 29 f) auf die Verwandtschaft von Inhaber- und technischen Orderpapieren insbesondere in der Wirkung des Papierbesitzes hin, die grundsätzlich eine gleiche Behandlung in den Partieen rechtfertige, die aus dem gleichen Prinzip fliessen und bei denen es eine Willkür und unverständlich wäre, wenn das Gesetz die einen Papiere so, die andern anders geregelt hätte. Der gute Glaube jedoch hat eine verschiedene Bedeutung bei Inhaber- und Orderpapieren (S. 68): nur bei diesen ist geschützt, wer den Veräusserer für veräusserungsbefugt hielt, also auch der Erwerber vom Scheinbevollmächtigten, da wenigstens gemeinrechtlich der gute Glaube der Glaube an die Berechtigung des Autors ist. Eine solch verschiedene Behandlung aber ist ein klaffender Riss in die Einheitlichkeit der Theorie der Wertpapiere (S. 73). Noch in höherem Mass als die Order- sind die Inhaberpapiere dem Verkehr bestimmt, bei denen jede Prüfung der Berechtigung unnötig und meist nicht einmal möglich ist. Ein stärkerer Schutz des Wechselerwerbers als des Erwerbers eines Inhaberpapiers widerspräche dem Rechtssystem und ist unannehmbar. Jacobi erreicht die Gleichstellung durch eine Einschränkung des redlichen Erwerbs bei Orderpapieren, die er dem § 366 HGB. unterstellt.

Im Scheckgesetz findet er für seine Auffassung eine neue Stütze[1]): „Scheint es mir an sich schon ein unerträglicher Zustand, dass in einem einheitlichen Rechtssystem die Legitimationskraft der dem freiesten Verkehr gewidmeten Inhaberpapiere beschränkter ist als die der Orderpapiere, so wird diese Annahme unmöglich, wenn sie dahin führt, dass bez. eines und desselben Rechts die Legitimationswirkung nach der Richtung verschieden sein soll, dass sie beim Inhaberpapier dem Dritten gegenüber anders wäre als beim Orderpapier; es wäre unverständlich, weshalb der Inhaberscheck wenigstens in einer Beziehung eine geringere Legitimationskraft hätte als der Orderscheck, während gerade der Inhaberscheck eine noch freiere Zirkulation fordert als der Orderscheck."

Wissenschaft und Praxis sind dem Vorschlage Jacobi's, die Legitimationswirkung des Orderpapiers zu beschränken, nicht gefolgt: auch heute noch erwirbt der Gutgläubige den Wechsel von dem äusserlich legitimierten Nichtberechtigten, auch wenn er ihn blos für einen Bevollmächtigten gehalten hat. Mit gutem Grund. Jacobi[2]) selbst führt aus, dass das Prokuraindossament im Verkehr unbeliebt ist und das Vollindossament vielfach verwendet wird, um einem andern

[1]) In ZHR. 63, 86 ff. [2]) WP. im BR. 56 ff., WP. als Legitimationsmittel 61.

Legitimation nach aussen zu verschaffen, das Wechselrecht in eigenem oder in fremdem Namen geltend zu machen. Nun muss doch aber, soll die Legitimation überhaupt einen Sinn haben, der Dritte, der auf sie vertraut, geschützt sein, auch wenn er annimmt, das Indossament sei nur zu Inkassozwecken erteilt. Denn Legitimation und Glaubensschutz sind Korrelate. Ist dies richtig, so müssen sämtliche von Jacobi zur Begründung einer Gleichstellung von Order- und Inhaberpapieren vorgebrachten Argumente dahin führen, das Recht dieser Papiere durch eine Erweiterung des Glaubensschutzes bei den Inhaberpapieren einander anzunähern: die Formverschiedenheit dieser Papiere erlaubt nicht, beide nach sachenrechtlichen oder beide nach wechselrechtlichen Regeln zu behandeln, aber eine genügende wirtschaftliche Gleichstellung wäre erreicht durch Schutz des gutgläubigen Erwerbes eines Inhaberpapiers vom vermeintlichen Vertretungs- oder Verfügungsbefugten unter Ausdehnung des sachenrechtlichen Glaubensschutzes. Denn die Orderpapiere sind so wenig wie die Inhaberpapiere etwa reine oder auch nur vorzugsweise Papiere des Handels. Ferner unterscheidet sich ein Blankoorderpapier vom Inhaberpapier fast nur durch die Form. Im Verkehr dient die einfache Besitzüberlassung von Inhaberpapieren wohl noch häufiger als Besitzüberlassung und Indossament bei Orderpapieren zur Vollmachterteilung, für den Eigentümer über die Papiere zu verfügen; z. B. der Kassenbote lässt bei der Bank Banknoten umwechseln und legt Zinskoupons, Dividendenscheine, ausgeloste Staatsobligationen zur Einlösung vor, bestellt neue Talons und übergibt Papiere zum Verkauf, alles im Auftrag seines Prinzipals. Der Papierbesitz verschafft nach Verkehrsanschauung die Befugnis, im eigenen Namen oder für den Eigentümer über das Papier zu verfügen und dieser, von Jacobi immer wieder hervorgehobene Legitimationsgedanke muss zum Glaubensschutz führen, so dass der gutgläubige Erwerb vom Scheinvertreter ebenso wie der vom Scheineigentümer geschützt ist.

Diese Auslegung ist auch deshalb praktisch, weil die Vindikation eines Inhaberpapiers meist unmöglich ist, da sich seine Spur gar schnell schon beim ersten Erwerber verliert. Ein weiterer Grund für unsere Ansicht ergibt sich aus § 797: der Aussteller einer Inhaberschuldverschreibung, analog aber auch jeden Inhaberpapiers, wird durch Zahlung an den Papierinhaber befreit, wenn ihm dieser die Urkunde aushändigt. (Gutgläubigkeit des Schuldners verlangt das Gesetz nicht, jedoch verstösst er durch wissentliche Zahlung an den nicht Verfügungsbefugten u. U. gegen § 826.) Die Tilgung der

Obligationen erfolgt nun verschieden: bei jeder Vorlegung durch den Inhaber oder auf Grund einer Auslosung oder häufig auch durch Aufkauf der Papiere zum Kurswert durch den Aussteller. In diesem Fall würde der Aussteller bei Erwerb des Papiers vom Scheinvertreter nicht befreit nach H. M.,[1]) obwohl der einzige Unterschied gegenüber den andern Tilgungsmethoden wirtschaftlich darin besteht, dass hier der Schuldner das Papier, sonst aber das Papier den Schuldner sucht. Eine rechtlich gänzlich verschiedene Behandlung ist aber nicht gerechtfertigt.

Der gutgläubige Erwerber einer Inhaberschuldverschreibung vom Inhaber wird Eigentümer, sofern die Urkunde vom Aussteller ordnungsmässig geschaffen wurde: die Ausstellung darf nicht nichtig sein wegen Geschäftsunfähigkeit und Zwangs. Drohung, Irrtum, Betrug machen sie anfechtbar. Dagegen ist es gleichgültig, auf welche Weise das Papier in den Verkehr gekommen ist, § 794. Ob nun der redliche Erwerber den Papierinhaber für einen Gläubiger der Papierforderung (oder dessen Vertreter) oder aber für den Papieraussteller (oder seinen Vertreter) angesehen hat, kann im Glaubensschutz keinen Unterschied begründen, sofern nur das Papier ordnungsmässig ausgestellt worden ist. „Die Inhabung eines nur ausgestellten Papiers erzeugt den Rechtsschein, entweder dass der Inhaber es durch Vertrag erworben habe, oder zur Begebung für den Aussteller befugt sei zu gunsten dritter gutgläubiger Erwerber.“ [2]) Die Ausstellung, gleichgültig ob vorsätzlich oder fahrlässig[3]) vorgenommen, ist eine gefährliche Handlung, für die der Aussteller haftet.

---

[1]) Anders, wenn der Aussteller die Aufkäufe durch einen Bankier besorgen lässt, der im eigenen Namen auftritt. Der Glaube des Ausstellers würde sich dann auf das Eigentum des Bankiers beziehen.

[2]) Jacobi, WP. als Legitimationsmittel 52.

[3]) Anders Gierke, DPR. 2, 111.

Dritter Abschnitt.

Lässt sich eine Ausdehnung der für den Machtglauben gegebenen Schutzvorschriften rechtfertigen?

§ 9.

Das Gesetz schützt den Machtglauben auf Grund der Besitzlegitimation nur beim Erwerb vom Kaufmann in seinem Handelsbetriebe und beim Erwerb der Orderpapiere, denen wir die Inhaberpapiere gleichgestellt haben. Es handelt sich hier um Fälle eines nach Art oder Objekt der Veräusserung gesteigerten Verkehrs, die das Recht durch Sonderregelung berücksichtigt. Wir sehen hier Waren und Werte aus unbekannter Ferne wie in einem Brennpunkt sich zusammenfinden in Speichern und Lagern und Bankhäusern, um in rastloser Bewegung wieder nach den verschiedensten Richtungen hinauszugehen. Wir sehen schmutzige Scheine von Hand zu Hand gehen und Wechsel, die sich in ihrem Lauf mit langen Ketten von Namen und Firmenstempeln bedeckt haben. Das Recht für diese Sachen und diese Arten der Veräusserung kann nicht für alle Sachen und Arten der Veräusserung gelten. Dagegen können diese Vorschriften auf gleichgelagerte Fälle wohl ausgedehnt werden, sobald sich gleiche Interessen, gleiche Verkehrsbedürfnisse nachweisen lassen.

Die Auffassung Wendt's und Dernburg's, der Machtglauben auf Grund von Besitzlegitimation sei allgemein zu schützen, ist also in ihrer Allgemeinheit abzulehnen. Ein allgemeiner Schutz ist auch nicht Bedürfnis, da wohl die meisten schutzwürdigen Fälle schon auf Grund der allgemeinen Vollmachtsvorschriften befriedigend zu entscheiden sind, sobald nur die Bedeutung des Besitzes für die Erzeugung eines Vollmachtscheins in Verbindung mit andern äusseren Umständen berücksichtigt wird (vgl. oben S. 30).

So liegt Scheinvollmacht vor zu gunsten des gutgläubigen Wildbrethändlers,[1]) der von einem Jagdaufseher in Jägertracht Wild ge-

[1]) Hellwig, Zivilrechtsfälle Nr. 164.

kauft hat, das dieser wider ausdrückliches Verbot im Jagdrevier seines Herrn erlegt hatte. Der Jagdaufseher hatte beim Verkauf erklärt, das Wild rühre von einer Treibjagd her, er sei der angestellte Jäger und habe den Auftrag, das Wild bei einem Wildbrethändler unterzubringen. Der regelmässige Abnehmer habe das Wild nicht genommen, da er schon zu grosse Vorräte habe. — Voraussetzung ist natürlich, dass die Scheinvollmacht veranlasst war durch Anstellung des Jägers und Überlassung der Uniform an ihn. Hätte ein Gauner sich Jägertracht angelegt, so wäre der Glaube des Dritten nicht geschützt.

Analoge Anwendung des Vollmachtsrechts kann bei Verfügungen auf Grund scheinbarer gesetzlicher Verwaltungsbefugnis geboten erscheinen, wo Wendt (S. 82 f.) den sachenrechtlichen Glaubensschutz gewähren will: der Glaube an das Bestehen einer Ehe ist nicht geschützt, wenn die Ehe wegen Formmangels nichtig und nicht ins Heiratsregister eingetragen ist oder wenn nur Konkubinat vorliegt. Die Publizität des Heiratsregisters ist bei unserer heutigen Freizügigkeit wertlos. Und doch ist ein Schutz des redlichen Erwerbers vom Scheinehemann geboten, wenn dieser innerhalb der Grenzen seines scheinbaren ehemännlichen Rechts (insbesondere § 1376) über Fahrnissachen, die ihm seine Konkubine überlassen hat, verfügt. Mit Zutun der Scheinehefrau ist der äussere Tatbestand eines Verwaltungsrechts geschaffen worden und so mag auch sie den Schaden tragen. Nutzungen des Scheinehemanns am Frauengut erwirbt der gutgläubige Dritte übrigens schon nach §§ 932, 957, weil der Ehemann bezüglich der Nutzungen die Stellung eines Niessbrauchers hat, § 1383.

Diese Fälle würde wohl auch das Reichsgericht mittels der Fiktion der stillschweigenden Bevollmächtigung ebenso entscheiden. Dagegen ist der Weg über die Bestimmungen HGB. § 366, WO. Art. 74 hinaus, in denen schon allein der Besitz Vollmachtsschein erzeugt und der Schein nicht veranlasst sein muss, den redlichen Erwerb vom Scheinverfügungsberechtigten zu schützen, noch nicht betreten. Und doch ist dieser Weg in Fällen gesteigerten Verkehrsbedürfnisses geboten.

Das Handelsrecht ist das Recht des rechtsgeschäftlichen Massenbetriebs; der Massenbetrieb macht es nicht möglich, die Voraussetzungen des einzelnen Geschäfts stets genau zu prüfen, so dass Schein und guter Glaube in erhöhtem Masse die rechtsgeschäftlichen Erfordernisse ersetzen müssen.[1])

Nun ist aber die gesetzliche Abgrenzung des Kaufmanns vom

[1]) Heck, ArchZivPrax. 92 S. 455, 459.

Nichtkaufmann notwendig eine mehr oder weniger zufällige, was durch eine Ausdehnung des § 366 HGB. korrigiert werden kann. Beispiel: Dem Vorstand eines Kunstvereins ist ein Bild zur Ausstellung überlassen worden mit der Mitteilung, das Bild sei unverkäuflich (oder: mit dem Auftrag, das Bild nicht unter einem gewissen Limito zu verkaufen). Der Vorstand veräussert das Bild trotzdem (oder: veräussert, ohne sich an die Einschränkung des Verkaufauftrags zu halten).

Statt des Vorstands setze man einen Bilderhändler!

Das Gesetz gestattet ferner in einer Reihe von Fällen den freihändigen Verkauf von börsen- oder marktgängigen Waren „durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zu öffentlicher Versteigerung befugte Person.“ Diese Personen kehren in stetiger Verbindung wieder, ausser in § 1240 Abs. 2. Der Handelsmäkler ist Kaufmann, nicht aber die Versteigerungsperson. Veräussert diese unbefugt, so ist der Gutgläubige nur bei Verkauf von Pfandsachen nach § 1244 geschützt, nicht aber z. B. wenn Sachen wegen Annahmeverzugs des Gläubigers verkauft werden (§ 385). Die typische Zusammenstellung des Handelsmäklers und der Versteigerungsperson rechtfertigen ihre gleiche Behandlung zu gunsten des gutgläubigen Dritten, wenn sie unbefugt veräussern. Der Glaubensschutz dient wie der Verkehrssicherheit, so auch der Leichtigkeit und Schnelligkeit solcher Verkäufe. Unbefugte Veräusserungen durch Personen öffentlichen Glaubens werden selten vorkommen. Ein Nachteil für den Eigentümer entsteht kaum, da ja der Erlös, der laufende Preis an die Stelle der Ware tritt.

Bei Fehlen der Voraussetzung der öffentlichen Bestellung der Versteigerungsperson, ferner des gesetzlichen Verkaufsrechts des Schuldners (soweit es sich um Sachen handelt, die nicht im Eigentum des Schuldners stehen) sind dieselben Erwägungen anzustellen wie (oben S. 37 unten) beim Handelsmäkler.

Dem Kaufmann gleichzustellen ist der öffentliche Versteigerer aber auch bei Vornahme einer öffentlichen Versteigerung (Begriff § 383 Abs. 3). Über sie bestimmt das Gesetz nur Ausschluss des Privilegs der abhandengekommenen Sache, § 935 Abs. 2, und Schutz des redlichen Erwerbs öffentlich versteigerter Pfandsachen (und Pfändungspfandsachen[1]) § 1244. Nun ist aber allgemein, wo das Gesetz öffentliche Versteigerung beweglicher Sachen anordnet oder zulässt — so im BGB. bei nicht zur Hinterlegung geeigneten Sachen § 383,

[1]) Wolff 584.

bei gemeinschaftlichen Gegenständen § 753,[1]) bei Fundsachen §§ 966, 979[2]) — sofern nur öffentliche Versteigerung vorliegt, der Ersteigerer zu schützen in seinem Glauben an die Befugnis der Versteigerungsperson zur Vornahme der Versteigerung, weiter aber auch (oben S. 38) in dem Glauben an die Befugnis des Schuldners, Finders usw., die Sache versteigern zu lassen.

Denn die Versteigerung vollzieht sich in voller Öffentlichkeit und ist durch die Fürsorge des Staats mit so viel Sicherungsmassregeln für das Recht des wirklich Berechtigten umgeben (Ankündigung an den Berechtigten, öffentliche Anzeige von Ort und Zeit der Versteigerung, Vornahme durch eine öffentliche Person, Hinterlegung des Erlöses), der Ersteigerer hat manches Unangenehme, insbesondere Pflicht zur Barzahlung, dass es einer gerechten Abwägung der Interessen ebenso wie den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht, seinem guten Glauben Schutz angedeihen zu lassen.

Auch der Erwerb vom privaten Versteigerer (in Heilbronn dem Stadtinventierer) ist zu schützen: wer einem solchen seine Sache anvertraut, wird so angesehen, als ob er die Genehmigung zur Versteigerung der Sache erteilt hätte.

Dem Händler, dem Ausstellungsvorstand, dem Versteigerer werden regelmässig Sachen zum Verkauf überlassen: der Besitz einer Sache erhält in der Hand dieser Leute eine bestimmte äusserlich erscheinende Farbe. Ebenso ist es beim Trödelvertrag, der Buchhändlerkondition und in andern Fällen. Wer nun von einem durch solche Besitzfarbe nach Verkehrsauffassung Legitimierten gutgläubig erwirbt, ist zu schützen.

Rechtsgeschäftlicher Massenbetrieb liegt aber nicht nur dort vor, wo eine Person oder Firma sich berufsmässig mit dem Abschluss von Rechtsgeschäften befasst, sondern auch dort, wo viele einzelne, die nicht gerade Kaufleute zu sein brauchen, sich zum Abschluss von Rechtsgeschäften zusammenfinden, so bei Markt, Messe (Börse), Bazar. In diesen Fällen greift ausserdem der Gesichtspunkt gesteigerter Offenkundigkeit der Veräusserung Platz.

Beispiele: Ein Bauernmädchen trägt die Butter verschiedener Bauernhöfe zum Markt nach der Stadt. Die Butter eines Hofs soll

[1]) § 753 schreibt Verkauf „nach den Vorschriften über den Pfandverkauf“ vor. Ist auch § 1244 zu übertragen?

[2]) Planck, BGB. § 966, 2: „Der Finder ist gesetzlich ermächtigt zur Veräusserung im Weg öffentlicher Versteigerung: diese Veräusserung steht rechtlich der durch den Eigentümer gleich.“ Als Finder aber gilt, wer äusserlich als solcher auftritt!

sie in einem Gasthaus der Stadt abliefern. Sie vergisst den Auftrag und verkauft sämtliche Butter auf dem Markt. Die Käufer wussten aus der Unterhaltung mit dem Mädchen, dass sie nicht Eigentümerin der Butter war.

Bei einem Wohltätigkeitsbazar sollen die Spender, deren Namen dem Publikum genannt werden, Eigentümer der gestifteten Sachen bleiben, bis sie verkauft sind. Es schickt jemand eine Sache, die nicht unter einem Mindestpreis verkauft werden soll.

Wird hier der Bedingung zuwidergehandelt, so ist der redliche Erwerber ebenso wie beim Marktkauf zu schützen unter Anwendung des in § 366 HGB. ausgesprochenen Prinzips.

War in den bisher besprochenen Fällen die Art der Veräusserung massgebend für einen gesteigerten Schutz des Erwerbers, so entscheidet bei den Order- (und Inhaber)papieren die besondere Verkehrsbestimmung dieser Sachen. Ein Gegenstand mit noch stärkerer Zirkulationsfähigkeit, mit noch geringerer Möglichkeit der Identitätsfeststellung und der Vindikation ist das Geld. Der Übergang vom Inhaberpapier zum Geld ist ein ganz allmählicher: von den Zinskoupons, Banknoten, Reichskassenscheinen zu den Scheidemünzen[1]) mit beschränktem Zwangskurs und schliesslich dem durch staatlichen Zwangskurs vollkommenen Zahlungsmittel, dem Geld i. e. S.

Die Entscheidung bei gutgläubigem Erwerb von Geld vom Scheinvertreter hängt im BGB. sehr stark von Zufälligkeiten ab und es ist kein Gewinn für die Rechtspflege, wenn wirtschaftlich gleich liegende Fälle rechtlich ganz verschieden beurteilt werden müssen. Beispiel: Ich schicke mein Dienstmädchen mit Geld in einen bestimmten Laden, um eine genau angegebene Sache zu kaufen. Sie geht in einen andern Laden, kauft etwas anderes und bezahlt das Geld. Der Kaufmann, der das Mädchen für bevollmächtigt hält, erwirbt nicht nach § 932. (Eine Lösung nach Vertretungsrecht mag dahingestellt bleiben.) Wirft der Kaufmann aber das Geld in seine Ladenkasse, so erwirbt er

1. Alleineigentum durch Vermischung, wenn er Eingang und Ausgang seiner Kasse nicht pünktlich notiert hat, da die Wertverhältnisse zur Zeit der Vermischung nicht festzustellen sind;

2. Miteigentum, wenn sich „der Wert, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben", feststellen lässt, §§ 948, 947. Ist aber die Ladenkasse gefüllt, so dass die eine Masse als die Hauptsache anzusehen ist, so tritt wieder

[1]) Jacobi, Die WP. im BR. 27.

3. Alleineigentum nach § 947 Abs. 2 ein.[1]) Entsteht Alleineigentum, so kann Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden, § 951; Bereicherung wird meist nicht vorliegen. Bei Miteigentum kann der Miteigentümer Auseinandersetzung nach §§ 1008, 749 fordern. Hier wird aber der Kaufmann zurückbehalten, bis er seine Sache zurückerlangt. Die Vindikation ist tatsächlich wertlos. Das Verkehrsinteresse muss unter Gleichstellung des Gelds mit Order- und Inhaberpapieren zum Ausschluss der Vindikation des Geldes beim redlichen Erwerb vom Scheinvertreter führen.

Der Schutz des redlichen Erwerbs kam auf dem Weg über das HGB. ins BGB. Diese Kommerzialisierung des bürgerlichen Rechts ist noch nicht abgeschlossen. Denn[2]) mit steigender Kultur, mit dem Steigen des Durchschnittsniveaus der rechtsgeschäftlichen Tüchtigkeit eines Volkes geht Handelsrecht über ins bürgerliche Recht, die ganze Bevölkerung wächst in das frühere Handelsrecht hinein. Dieses tritt zurück, nicht um zu verschwinden, sondern um als gemeines bürgerliches Recht weiter zu gelten.

Anhang.

Die Berechtigung des Schutzes des redlichen Erwerbers.

§ 10.

Nachdem Binding schon 1902[3]) Beschränkung des redlichen Erwerbs durch möglichste Ausdehnung des Begriffs der abhandengekommenen Sachen, insbesondere durch Gleichstellung der unterschlagenen mit den gestohlenen Sachen verlangt hatte, griff er die ganze Reglung des redlichen Erwerbs im BGB. an in seiner Leipziger Rektoratsrede 1908[4]): Die Vertretung und die Möglichkeit der Übertragung von Rechten durch den Vertreter, soweit ihn der Beruf zur Vertretung berechtigt, wurde vom Recht allmählich zugelassen

[1]) Wolff 194. [2]) Heck 447; 462.

[3]) Lehrb. d. Strafrechts, Bes. Teil 1, 353.

[4]) Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer etc.

im Interesse des Vertretenen; auf Kosten des Vertretenen aber wird dem Vertreter eine Verfügungsmacht gewährt in den Sätzen über den gutgläubigen Erwerb, in denen die Rechtsordnung des Geschädigten geradezu spottet (S. 6)[1]). Der Kaufmann verlangte Unanfechtbarkeit seiner Standesgeschäfte im Interesse des sozialen Standesansehens und des ökonomischen Nutzens. (Sokolowsky spricht hier von manchesterlicher Beeinflussung unserer Gesetzgebung und von Schädigung der vitalsten Eigentumsinteressen im Namen der Freiheit und Ungebundenheit des Güterumtauschs, ein Vorwurf, den Binding nicht missbilligt.) Im Interesse des Verkehrs ist zwar in gewissem Umfang die Anerkennung des Eigentumsübergangs auf Kosten des bisherigen Eigentümers notwendig, jedoch sollte diesem der Schaden ersetzt oder der Ersatzanspruch wenigstens erleichtert werden (S. 8). Die historische Anknüpfung an die Gewere ist rein äusserlich (S. 9), auch ist die Notwendigkeit, seine Sache aus der Hand zu geben, heute eine viel grössere als vor 700 Jahren (S. 10).

De lege lata sucht Binding den Kreis der abhandengekommenen Sachen möglichst zu erweitern durch die unterschlagenen oder durch sonstige Aneignungsdelikte entzogenen Sachen (S. 12 ff.). De lege ferenda fordert er neben gutem Glauben des Erwerbers auch guten Glauben des Veräusserers als Voraussetzung des redlichen Erwerbs; ferner eine billige Entschädigung für die kraft Gesetzes eintretende Enteignung des früheren Eigentümers durch eine angemessene Schadensverteilung zwischen diesem und dem Erwerber, soweit vom Veräusserer oder auf Grund von § 816 Abs. 1 Satz 2 vom Erwerber nichts zu erlangen ist (S. 47 ff.)

Diese Angriffe Bindings gegen die Enteignung des Berechtigten zu gunsten des Gutgläubigen sind nicht neu. So tritt Anton Menger in seiner Kritik des ersten Entwurfs[2]) für die Unverletzlichkeit des Privateigentums ein, während sich das bürgerliche Recht von den weitestgehenden Zweckmässigkeitsrücksichten leiten lasse. Die Rechtssätze über bewegliche Sachen müssen naturgemäss den Keim des Widerspruchs und der Zersetzung in die Eigentumsordnung tragen. Der Eigentümer einer Sache, dem gar kein oder doch ein geringes Verschulden zur Last fällt, werde seines Eigentums in unzähligen Fällen zu Gunsten des neuen Erwerbers beraubt, mag dieser sich in gleichem oder gar in grösserem Verschulden befinden. Das Interesse der Sicherheit des Eigentums überwiege weit die Rücksicht auf die

[1]) Hier gilt doch wohl das Sprüchwort: „Wer hat den Nutzen, hat auch den Butzen.“ [2]) A. a. O. 118 ff.

Sicherheit des Verkehrs. Diese Bestimmungen seien ein Sieg des Handelsgeistes über die Eigentumsordnung, des Verkehrsrechts über das Sachenrecht; sie wirken schlimmer als die verrufensten Konfiskationen, die nur immer vorübergehende Akte gewesen seien; sie geben das gesamte Nationalvermögen einer beschränkt, aber stetig wirkenden Enteignung zu gunsten der Sicherheit des Verkehrs preis.

Nun, trotz Mengers etwas phrasenhaften Ausführungen sind die Bestimmungen des Entwurfs Gesetz geworden, ohne dass man in elf Jahren viel von den schrecklichen Folgen für das Privateigentum und das Nationalvermögen bemerkt hätte. Auch Binding erfuhr allgemeine Zurückweisung, so mit seiner Gleichstellung unterschlagener und abhandengekommener Sachen z. B. vom Berliner KG.,[1]) ferner von Neubecker[2]) in allerdings wenig angemessenem Ton, weiter von Francke.[3]) Dieser weist auf die kollidierenden Interessen des früheren Eigentümers und des redlichen Erwerbers hin, die der Gesetzgeber abwägen musste; wenn ferner heute die Notwendigkeit, seine Sache andern anzuvertrauen, gegenüber dem Mittelalter gesteigert ist, so hat sich auch die Notwendigkeit, von andern zu kaufen, vergrössert. Dem ist noch beizufügen, dass Recht und Technik heute Mittel gefunden haben, auch bei gesteigertem Verkehr den anvertrauenden Eigentümer sicher zu stellen (verbesserte Strafrechtspflege — Depotgesetz — Safes mit Mitverschluss — Verstaatlichung des Beförderungswesens — Grossbetriebe, die Schadenshaftung leisten können). — H. Meyer[4]) geht davon aus, dass das Gesetz an die typische Erscheinungsform des Eigentums, den Besitz, die Rechtsscheinswirkung, nämlich den Glaubensschutz, knüpft unter Vernachlässigung der individuellen Verhältnisse. So bekleidet das Privatrecht den Typus des Individualrechts unter ständiger Rücksicht auf das gemeine Wohl mit dem relativ besten Rechtsschutz. Es verfolgt relative Gerechtigkeit im Verhältnisse aller zu allen. Dagegen verfolgt das Strafrecht in der Bekämpfung des verbrecherischen Einzelwillens absolute Gerechtigkeit gegen das schuldige Individium. Binding nun als Strafrechtler ist Individualist und vermag sich in die sozialen Aufgaben des Privatrechts nicht hineinzudenken.

Der Hauptfehler Binding's nun besteht darin, dass er bei seiner Kritik unsres Schutzes des redlichen Erwerbs nur Einzelfälle ins Auge fasst. Für den Betroffenen wirkt natürlich ein Eigentumsverlust unangenehm, ja sogar unbillig dann, wenn die Sache für den Ent-

[1]) In Seuff A 65 Nr. 74. [2]) In Goltd A 55, 145 ff. [3]) In Seuff Bl. 73, 895 f. [4]) Das Publizitätsprinzip 86 ff.

eigneten einen erheblich höheren Wert hat als für den Erwerber, oder jener gar ein Affektionsinteresse hat; unbillig ist es auch, wenn öffentliche Bibliotheken und Sammlungen, die meist unentgeltlich jedermann dienen, die Verlustträger sind. Aber nicht vom beschränkten Standpunkt des einzelnen, sondern dem der Gesamtheit, der Gesellschaft aus, in ihrer generellen Wirkung sind diese Bestimmungen zu betrachten und von hier aus erscheinen sie segensreich, nicht nur für denjenigen, der zu kaufen genötigt ist und sicher zu erwerben wünscht, sondern auch für diejenigen, die darauf angewiesen sind zu verkaufen, also in erster Linie für die Produzenten und diejenigen, die den Absatz ihrer Produkte vermitteln, aber auch für diejenigen, die durch die Verhältnisse genötigt sind, unter ungewöhnlichen Umständen zu verkaufen.[1]) Der nicht kaufende und nicht verkaufende, in Autarkie verharrende Volksteil verschwindet heute in den hintersten Gebirgstälern; unser Recht muss dem vorwärts strebenden, auf Kaufen und Verkaufen angewiesenen Volke dienen. Die Masse der Fälle ist ausschlaggebend für die rechtliche Regelung. Besondere Kombinationen können nicht entscheiden, wenn sie vielleicht auch Ausnahmevorschriften rechtfertigen.

Ein allgemeines Werturteil lässt sich nun auf empirischem Weg gewinnen durch geschichtliche Betrachtung und Rechtsvergleichung einerseits, durch Beobachtung des Rechtslebens andrerseits. Geschichtliche Betrachtung und Rechtsvergleichung nun zeigen, dass die Verkehrssicherheit von keinem Kulturrecht zu gunsten der Rechtssicherheit vernachlässigt werden konnte; denn es kann sich nur auf gegenseitigem Vertrauen der Menschen, auf Treu und Glauben im Verkehr aufbauen. Mehr nebensächlich ist die Art des Rechtsschutzes und Binding übersieht hier, dass auch das römische Recht dem Eigentum „im Interesse seiner eigenen Sicherheit“ (Sohm) Beschränkungen auferlegte: die (allerdings für enge Verhältnisse berechnete) zivile Usukapion verschafft Eigentum nach der kurzen Frist von einem, bei Grundstücken von zwei Jahren.

Im praktischen Leben werden regelmässig, wo das Gesetz gesicherte und verkehrsfähige Rechte zur Wahl stellt, die letzteren bevorzugt. Nicht verkehrsfähig ist die gewöhnliche Forderung, auch wenn ein Schuldschein darüber ausgestellt ist, da gegen diesen nur

[1]) Wenn der redliche Erwerb nicht geschützt wäre, so würde ein verarmter Kunstfreund, der sich erst in äusserster Dürftigkeit zum Verkauf seiner Kunstschätze entschliesst, seine Bilder schwerlich los werden, da ihm überall Misstrauen an seinem Recht begegnen würde, er hätte denn die Quittungen über den Erwerb aufbewahrt.

der Einwand der Ausstellung zum Schein und des Verbots der Abtretung versagt ist. Der Schuldschein wird aber nur in einfachen Verhältnissen verwendet und wenn Veräusserung der Forderung nicht beabsichtigt ist, z. B. bei Gewährung von Darlehen. Sonst herrscht im Geschäftsleben auch der kleinen Leute durchaus der Wechsel. Die Geldbedürfnisse des Staats, der öffentlichen Korporationen und der grossen Privatunternehmungen, die nur durch Beteiligung der weitesten Kreise gedeckt werden können, werden durchaus durch Verwendung von Order- und Inhaberpapieren befriedigt. Die Inhaberpapiere insbesondere dienen dem langfristigen Kredit. Auch wo die Wahl besteht zwischen Namens- und Inhaberpapier (Aktie), zwischen Buchforderung und Inhaberpapier wird durchaus das verkehrsfähigere Inhaberpapier bevorzugt. Durch Gesetz vom 9. Mai 1910 wurde das Reichsschuldbuchgesetz abgeändert und der Erwerb von Buchschulden erleichtert, so dass künftig neben der Einlieferung einer Schuldverschreibung auch Bareinzahlung des Kurswertes bei bestimmten Kassen möglich ist. Da aber Übertragung und Verpfändung nur auf Grund öffentlich beglaubigter Urkunde oder eines durch bestimmte Stellen aufgenommenen Protokolls erfolgen kann, werden sich die Buchforderungen nur dort einbürgern, wo gesicherte Rechte ohne die Möglichkeit leichter Verwertbarkeit erworben werden sollen: bei Vereinen und Stiftungen, für die Alters- und Witwenversorgung des Beamten, nicht aber bei Geschäftsleuten, die ihren Kredit ausnützen, bei Angestellten, die Kaution leisten müssen. Die verkehrsfähigen Papiere dienen sowohl dem Schuldner wie dem Gläubiger: der Schuldner findet leichter Absatz und braucht die Legitimation bei Einlösung nicht zu prüfen; der Gläubiger erwirbt sicher und besitzt die Möglichkeit, die Papiere wieder leicht in Geld zu verwandeln.

Dass auch der öffentliche Glaube des Grundbuchs, das höchste Rechtssicherheit zu schaffen bestimmt ist, zur Enteignung des Berechtigten führen kann, ist schon oben § 4 ausgeführt. Innerhalb des Grundbuchrechts besteht die Wahl zwischen gesichertem und verkehrsfähigem Recht bei Sicherungs- und Verkehrshypothek. Bei dieser erstreckt sich der öffentliche Glaube des Buchs auch auf die Forderung, so dass der redliche Erwerber vor nicht eingetragenen Einwendungen gegen die Forderung geschützt ist, während bei jener sich das Recht auf die Hypothek nach dem wirklich bestehenden Recht auf die Forderung bestimmt. Obwohl nun die Verkehrshypothek für den Schuldner viel gefährlicher ist, so ist sie doch viel häufiger, weil nur sie auf leichten Absatz rechnen kann.

Die Beobachtung, dass überall die verkehrsfähigen Rechte den gesicherten Rechten vorgezogen werden, erlaubt den Schluss, dass auch die Regelung des Fahrnisrechts den allgemeinen Bedürfnissen entspricht. Deshalb ist die Ansicht Binding's abzulehnen, wenigstens in ihrer allgemeinen Fassung. De lege ferenda wäre allerdings erwägenswert, ob bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses nicht Vindikation gegen Lösungsanspruch zu gestatten wäre, sodass den Sachen gesteigerter Verkehrsbestimmung (Geld, Inhaberpapiere) Sachen gesteigerten Rechtsschutzes (res inhabiles, Sachen des Staats, der Kirchen, der Sammlungen und gemeinnützigen Anstalten) gegenüberzustellen wären, eine Ausnahme, die der Verkehr sehr wohl ertragen würde.

Die von Binding (S. 50) verlangte Schadensausgleichung zwischen Erwerber und früherem Eigentümer ist dann berechtigt, wenn die Leistung des Erwerbers in keinem Verhältnis zum Wert der Sache steht, also wenn er nicht nur günstig, sondern zu einem Freundschaftspreise erworben oder eine Sache erhalten hat, deren Wert er selbst nicht erkannt hatte: z. B. es verkauft jemand Perserteppiche, die er unterschlagen hat, als gewöhnliche Teppiche, um sich des gefährlichen Besitzes zu entäussern. Durch eine, die wirtschaftlichen Zwecke des Gesetzes berücksichtigende, ausdehnende Interpretation des Wortes „unentgeltlich“ in § 816 Abs. 1 Satz 2 wäre in diesen Fällen wohl schon auf Grund des geltenden Rechts eine Schadensverteilung durch Bereicherungshaftung zu ermöglichen.